Das

rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot

(Verbot der Veräusserung eines veräusserlichen Rechts)

nach gemeinem Recht und B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

eingereicht von

Fritz Buth

Kammergerichts-Referendar.

Berlin 1903.

Druck von A. W. Hayn's Erben.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0043

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit

gewidmet.

Disposition.

Einleitung.

Hauptteil:

I. Gemeines Recht.

A. Begriff der Veräusserung in Beziehung zu den Veräusserungsverboten.

B. Die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote.

1. Das vertragsmässige Veräusserungsverbot

a) Giltigkeit.

b) Wirkungen

α) obligatorische Wirkung,

β) scheinbare Ausnahmen,

γ) die gesetzliche Ausnahme der l. 7. § 2 D. de distr. pign. 20. 5.

δ) die besondere Stellung des pactum de non cedendo.

2. Das testamentarische Veräusserungsverbot.

II. Das Recht des BGB.

A. Begriff der Verfügung.

B. Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot und seine Wirkungen.

C. Abweichungen von der Regel des § 137 B. G. B.

1. Beim vertragsmässigen Veräusserungsverbot.

α) Die Ausnahme des § 1136 B. G. B.

β) Das Abtretungsverbot.

2. Beim testamentarischen Veräusserungsverbot.

3. Die gesetzlich normierten rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote.

4. Die im Einführungsgesetz zum B. G B. enthaltenen Ausnahmen.

Schluss: Die Übergangsbestimmung des art. 168 EG. z. B. G. B.

§ 1.

Einleitung.

Das Eigentumsrecht ist das Recht allgemeiner Herrschaft über eine Sache d. h. also das begrifflich nicht beschränkte Recht der Herrschaft über eine Sache.

Es unterscheidet sich von den Rechten an fremder Sache begrifflich dadurch, dass es, so sehr es auch rechtlicher Beschränkung fähig ist, dennoch niemals in seinem Wesen beschränkt wird. Der Eigentümer ist infolgedessen befugt, beliebig auf die Sache einzuwirken, sie zu verändern, ja selbst ihre Substanz zu zerstören; er ist ferner befugt, jede Einwirkung eines anderen auf die Sache auszuschliessen und endlich über die Sache nach Belieben rechtlich zu verfügen.

Doch daraus den Schluss zu ziehn, wie es manche Schriftsteller[1]) tun, das Eigentum sei als solches auch schrankenlos, ist nicht haltbar. Denn alle Rechte des Individuums, insbesondere auch das Eigentum, sind durch die Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit beeinflusst und rechtlich gebunden. Liegt es also auch in dem Begriff des Eigentums, dass es unbeschränkt ist, so ist es in Rücksicht auf die gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, politischen und ethischen Verhältnisse doch weder schrankenlos noch unbeschränkbar.

Zum Inhalt der Rechte des Eigentums gehört auch die Befugnis zur Veräusserung, kann diesen aber gleich

---

[1]) Vergl. Windscheid, Pandekten I. § 167[3] S. 514: Das Eigentum ist als solches schrankenlos. Es ist die Negation der Beschränkung.

andern in ihnen enthaltenen Befugnissen fehlen. Der Mangel oder die Beschränkung der Veräusserungsbefugnis kann auf verschiedenen Gründen beruhen: der hier in-betracht kommende allgemeine Grund ist ein Veräusserungsverbot.

Diese Veräusserungsverbote sind aber nicht eigentlich objektive Beschränkungen des Eigentums, sondern subjektive Beschränkungen des dermaligen Eigentümers oder seines Vertreters u. z. in der Regel nur in gewissen vorübergehenden Verhältnissen.[2])

Die Basis für ein Veräusserungsverbot ist entweder Gesetz oder Rechtsgeschäft; doch gibt es, wie wir später noch näher sehen werden, Fälle, wo es unmöglich scheint, entscheiden zu können, ob das Verbot auf vertragsmässige Uebereinkunft oder auf eine andere Tatsache zurückzuführen ist.[3])

Infolgedessen ist begrifflich eine strikte Abgrenzung zwischen gesetzlichen und vertragsmässigen Veräusserungsverboten nicht möglich. — Die Rechtsgelehrten zweigen hiervon noch die Fälle ab, wo es zur Anwendung der gesetzlichen Bestimmung auf den einzelnen Fall erst noch eines vermittelnden richterlichen Ausspruchs bedarf und teilen also die Veräusserungsverbote ein in gesetzliche, richterliche und rechtsgeschäftliche. Dies ist denn auch die heut allgemein übliche Gliederung.

Unsere Aufgabe ist es, die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote nach gemeinem Recht und B. G. B. zu behandeln. Wenden wir uns zuerst dem gemeinen Recht zu.

---

[2]) Wächter, Pandekten II. S. 17.

[3]) Vergl. Brütt, d. rechtsgesch. Vv. S. 15.

I. Teil.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot im gemeinen Recht.

§ 2.

Der Begriff der Veräusserung in Beziehung zu den Veräusserungsverboten.

Will man die Materie der rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote einer eingehenden wissenschaftlichen Betrachtung unterziehen, so ist es vor allem erforderlich, den Begriff der Veräusserung (alienatio) in Beziehung zu den Veräusserungsverboten festzustellen.

Von alienatio wird in den Quellen in verschiedenem Sinne gesprochen: im engeren und eigentlichen Sinne verstehen die Römer unter alienatio ein Rechtsgeschäft, durch welches jemand ein ihm zustehendes Recht auf einen andern überträgt; l. 1. C. de fundo dotali 5. 23: . . . . . est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. In erster Linie ist zu denken an das Aufgeben des Eigentums und das Aufgeben eines jus in re aliena.

Doch schliessen die Quellen nicht bloss die Uebertragung, sondern auch den Fall ein, wo jemand durch ein einem andern eingeräumtes Recht z. B. durch Bestellung einer Hypothek oder Einräumung eines andern dinglichen Rechts sein Recht nur beschränkt. Wir finden dies in l. 7. C. de reb. al. 4. 51. ausdrück-

lich hervorgehoben, wo es heisst: Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas vel testatoris voluntas vel pactionum tenor qui alienationem interdixit aliquid tale fieri permiserit. Vergl. hierzu Glück: alienatio ist also nicht bloss Uebertragung des ganzen Eigentums auf einen andern, sondern überhaupt jede gänzliche oder teilweise, bedingte oder unbedingte Aufhebung oder Uebertragung; mithin ist auch darunter die Bestellung eines Pfandrechts, Einräumung eines Nutzungsrechts, einer Servitut, eines emphyteutischen Rechts und dergl. begriffen.[1])

Im weiteren Sinne wird von den Quellen auch der Fall, wo ein Recht schlechthin aufgegeben wird, ohne dass mit dieser Aufgabe die Uebertragung auf einen andern verbunden ist, unter der Veräusserung mitbegriffen; z. B. l. 5. § 8 D. de reb. eor. 27. 9: Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat.

Hierzu kommen aber zur näheren Feststellung des Begriffes noch folgende wichtige Momente: Eine Veräusserung ist nur dann vorhanden, wenn man von seinem Vermögen etwas, was zu demselben gehört (also ein bereits erworbenes Recht), weggibt, mindert oder beschränkt.[2])

Hiernach ist also das Ausschlagen eines bloss mög-

---

[1]) Glück, Ausf. Erltg. d. Pandekten, Bd. XIX S. 166[63].

[2]) Wächter, Pandekten I. S. 333.

lichen Erwerbes niemals eine Veräusserung; vergl. l. 28. pr. D. de V. S. 50. 16: qui occasione adquirendi non utitur, non intellegitur alienare: veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datam non amplectitur; wer demnach eine ihm deferierte Erbschaft nicht antritt oder ein ihm angebotenes Geschenk ausschlägt, der nimmt keine alienatio vor.

Wohl aber ist es Veräusserung, wenn jemand einen bereits gemachten Erwerb aufgibt, sollte der Erwerb auch durch ein vom Willen des Erwerbenden unabhängiges Ereignis eingetreten sein, z. B. wenn jemand ein Vermächtnis, das er ipso jure erworben hatte, ausschlägt.[3]) Doch ist diese Auffassung nicht unbestritten: Besonders Savigny,[4]) leugnet, dass das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine Veräusserung sei; er stützt seine Behauptung vornehmlich darauf, dass in diesem Fall, wenn ein Schuldner eine solche Handlung zum Nachteile seiner Gläubiger vornehme, weder das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten[5]) noch die actio Pauliana[6]) Platz greife. Es muss doch aber entschieden als gewagt bezeichnet werden, aus der Versagung dieser Klagen den Schluss ziehen zu wollen, dass das Ausschlagen eines ipso jure angefallenen Vermächtnisses keine Veräusserung gewesen sei; zumal dieser Schluss in direktem Widerspruch zu der l. 5. § 8 D. de reb. eor. 27. 9 stehen würde, wo ausdrücklich eine solche Handlung für eine alienatio erklärt wird u. z. mit dem Beisatze, es sei dies garnicht zu bezweifeln, weil ja in einem solchen Falle der Berechtigte durch sein Ausschlagen ein bereits erworbenes Vermögensrecht aufgibt (cum res pupilli sit).[3])

---

[3]) Wächter, Pandekten I. S. 333.

[4]) Siehe Savigny, System d. heut. röm. R. IV. S. 29, 48.

[5]) l. 5 § 14 D. de don. int. vir. 24. 1.

[6]) l. 6 § 4 D. quae in fraud. 42. 8.

Auch die Sabinianer und die ihrer Ansicht huldigenden späteren Juristen sahen, wie Fitting[7]) nachgewiesen hat, im Ausschlagen eines Vermächtnisses nicht eine Veräusserung sondern vielmehr ein Nichterwerben. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Windscheid ein: er will den Begriff Veräusserung relativ beurteilt wissen. In welchem Sinne der Ausdruck wirklich zu verstehen sei, bleibe für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkomme, zu untersuchen. So sei das Ausschlagen eines Vermächtnisses eine alienatio im Sinne der Rechtsregel, dass der Pupill ohne auctoritas tutoris nichts veräussern könne (l. 5. § 8. D. de reb. eor. 27. 9); keine alienatio im Sinne der Rechtsregel, dass der Gläubiger nichts in fraudem creditorum veräussern dürfe (l. 6. § 4 D. quae in fr. cred. 42. 8)[8])

Kann die hier vertretene Wächter'sche Ansicht somit auch nicht als völlig unbestritten hingestellt werden, so ist doch zu betonen, dass die neueren gemeinrechtlichen Theoretiker fast ausschliesslich auf dem Standpunkt stehen, dass sich der Erwerb der Vermächtnisse vollzieht ohne Wissen und Wollen des Vermächtnisnehmers d. h. also von Rechts wegen.[9]) Jedenfalls ist also ein erworbenes Recht da, und es ist nicht einzusehen, warum die Aufgabe desselben keine Veräusserung sein solle.

Da nach römischer Auffassung der Erbe die Person des Erblassers fortsetzt, so gehört auch der Uebergang des Rechts durch Erbfall nicht unter den Begriff der Veräusserung, denn der Erbe repräsentiert den Erblasser. Er ist ihm gegenüber kein Fremder.[10]) Jedoch nur der Erbe tritt in die Person des Erblassers ein, nicht auch der Legatar: infolgedessen ist die Zuwendung eines Ver-

[7]) Siehe Fitting in der Heidelberger kritischen Ztschrft. V. S. 554.

[8]) Windscheid, Pandekten § 69[12]. Bd. I.

[9]) Vergl. Dernburg, Pandekten III. § 108.

[10]) Dernburg, Pandekten I. § 83.

mächtnisses als Veräusserung aufzufassen, ganz im Sinne der Quellen: Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem, et res, cuius aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus eius efficitur.[11]) Vergl. auch Dernburg: Vermächtnisse begründen Veräusserungen.[12])

Auch die bloss persönliche Beschränkung des Eigentümers, wie sie in der Uebernahme einer persönlichen Verbindlichkeit liegt, ist keine Veräusserung. Der Abschluss eines Kaufs, einer Schenkung, einer Stipulation und dergl. ist noch keine alienatio;[13]) denn man mindert dadurch sein Vermögen in keiner Weise, beschränkt auch sein Eigentum nicht einmal objektiv, sondern verpflichtet sich nur persönlich zu einem Tun.[14])

Wohl aber versteht man unter Veräusserung, wie schon oben erwähnt, die Bestellung eines dinglichen Rechts an eigener Sache, denn hierdurch wird das Eigentum selbst dinglich beschränkt.

Ebenso ist nach den Quellen der Erlass von Forderungen Veräusserung, ja Gajus[15]) sieht sogar in der Annahme der Zahlung vonseiten des Gläubigers eine alienatio: Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est; sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoveri potest. Ebenso sagt Wächter: Auch in der Annahme

---

[11]) l. 62. D. de adquir. rer. dom. 41. 1.
[12]) Dernburg, Pandekten I. § 83[16].
[13]) Puchta, Vorles. ü. d. h. röm. R. S. 286[1].
[14]) Wächter, Pandekten I. S. 333.
[15]) Gajus, Institutiones II. § 84.

einer Zahlung liegt gewissermassen eine Veräusserung einer res incorporalis d. h. man gibt dadurch die Forderung auf, weil diese durch die Zahlung getilgt wird. Zahlt daher jemand eine Geldschuld, so veräussert sowohl der Empfänger (seine Forderung) als der Zahlende (sein Geld).[16])

Ferner gehört nach der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts zum Begriff der alienatio als wesentliches Merkmal, dass der Verlust des Rechts durch den Willen des Berechtigten (oder seines gesetzlichen Vertreters) wesentlich bedingt und vermittelt wird, also durch ein Rechtsgeschäft, welches auf die Veräusserung gerichtet ist.[17]) In demselben Sinne sagt Dernburg: alienatio ist die Uebertragung eines Rechtes durch eine Willenshandlung des Berechtigten auf einen anderen. Die Veräusserung fordert eine positive Handlung. Zulassung einer Ersitzung ist keine Veräusserung[18]) Der Begriff der Veräusserung ist daher auf alle die Fälle nicht anzuwenden, wo jemand ein Recht verliert durch eine Tatsache, die ganz unabhängig von seinem Willen diesen Verlust seines Rechts herbeigeführt hat.

Wächter geht noch weiter: Zwar könne auch in den letzeren Fällen der Verlierende die Absicht gehabt haben, das Recht zu verlieren; allein in einem solchen Fall sei die Veräusserungsabsicht für den Verlust des Rechts etwas ganz Indifferentes und deshalb der Verlust nicht ein durch Veräusserung bewirkter; es sei nicht diese Absicht, durch welche der Verlust des Rechts bewirkt werde, sondern der Verlust werde ganz unabhängig von jener Absicht durch eine andere selbständig wirkende juristische Tatsache herbeigeführt.[17])

---

[16]) Wächter, Pandekten I. S. 333.
[17]) Wächter, Pandekten I. S. 334.
[18]) Dernburg, Pandekten I. § 83. b.

Allein dies ist offenbar zu weit gegangen: hat der Verlierende den Verlust des Rechts ausdrücklich beabsichtigt, so liegt doch eine Veräusserung vor. Der Wächter'schen Auffassung stehen zudem die Quellen entgegen, denn in l. 28. pr. D. de. V. S. 50. 16. heisst es ausdrücklich: ‚Alienationis' verbum etiam ususapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Dernburg führt hierzu aus: Wenn aber der Vordersatz feststellt, dass Veräusserung auch in einer Ersitzung liegen kann, so zeigt der Nachsatz, dass dies nicht schlechthin der Fall ist. Aus l. 16. D. de fund. dot. 23. 5. ergibt sich bestimmt, dass nicht jede Ersitzung durch ein Veräusserungsverbot betroffen wird.[19]) Ueberhaupt überwiegt in der Theorie des gemeinen Rechts die Auffassung, dass bloss gewollte Zulassung der Ersitzung als Veräusserung aufzufassen sei. Vergl. auch Schröder, der alienatio definiert: jede willentliche Herbeiführung eines Vermögensverlustes, sei es auch, dass dieselbe mittels einer einseitigen Unterlassungshandlung erfolgt.[20])

Auf demselben Standpunkt stehen auch Savigny, Fitting und Kohler, die daraus auf den Umfang des Veräusserungsverbots folgende Schlüsse ziehen: Durch ein Veräusserungsverbot an sich und wenn nicht damit ausdrücklich auch noch ein besonderes Ersitzungsverbot verbunden ist, wird nur die Ersitzung auf Grund einer dem Verbot zuwiderlaufenden positiven Veräusserungshandlung des durch Verbot Beschränkten gehindert u. z. bloss deshalb, weil solche Veräusserungshandlungen als ungiltig erscheinen und daher keinen genügenden Titel

---

[19]) Dernburg, Pandekten I. § 217.

[20]) Schröder, Z. Lehre v. d. ges. Vv. S. 14.

für die Usukapion abgeben können.[21]) In diesem Sinne hat auch die gemeinrechtliche Praxis entschieden, die die Bedeutung von l. 28. D. de V. S. 50. 16 aufzuklären sucht. Das Reichsgericht führt darüber aus: Der Satz besagt nichts weiter, als dass durch die gesetzlichen Veräusserungsverbote auch die Usukapion ausgeschlossen wird, nämlich dann, wenn eine dem Verbot zuwidergeschehende Veräusserung den Grund für die Usukapion abgeben soll, wenn also der Veräussernde durch die verbotene Veräusserung die Usukapion ermöglichen (usucapi pati) würde. Grundsätzlich aber fasst das römische Recht die erwerbende Verjährung nicht als eine Art der Veräusserung auf.[22])

Hiernach stellt sich der Begriff der alienatio dar als die von seiten des Berechtigten wissentlich und willentlich herbeigeführte Beschränkung und Endigung eines erworbenen Rechts.

Der Umfang des Verbotes bleibt natürlich dem einzelnen Fall und besonders näherer Anordnung überlassen; im Zweifel aber soll nach den Quellen der Begriff der Veräusserung im weitesten Sinne einbegriffen werden. Dies wird ausdrücklich bezeugt durch l. 7. C. de reb. al. IV. 51, wonach die Veräusserungsverbote alle möglichen Fälle der Veräusserung einschliessen, nur die ausgenommen. die durch gesetzliche Verordnung oder durch den Willen des Testators oder durch den Inhalt der Verträge ausdrücklich ausgeschlossen sind.

Auf demselben Standpunkt stehen auch fast alle Theoretiker. So sagt Sintenis: Wieweit sich ein Verbot ausdehne, kann zwar quaestio facti sein, und also von Umständen, insbesondere von näheren Bestimmungen ab-

---

[21]) Fitting im Archiv f. civ. Pr. B. 47 S. 151; vergl. die eingehenden Erörterungen hierüber daselbst.

[22]) Entscheidungen des R.G. Bd. 19. S. 276.

hängen; im Zweifel aber ist die Veräusserung im weitesten technischen Sinne zu verstehen.[23])

In demselben Sinne sagt Lauk: Sind die Veräusserungsverbote unbestimmt und allgemein, so begreifen sie auch die Veräusserung im weiteren Sinne in sich; doch wird sich, z. B. bei den testatorischen, sehr oft nachweisen lassen, dass die voluntas testatoris nur auf die Veräusserung im engeren Sinn des Wortes ging, wo denn natürlich diese voluntas der rechtlichen Beurteilung Ziel und Mass geben muss.[24])

In ähnlicher Weise äussert sich auch Puchta: In Beziehung zu dem Umfang der Veräusserungsverbote ist kein wesentlicher Unterschied zwischen den gesetzlichen Verboten und den auf Privatwillen beruhenden. Es ist Sache der Interpretation, dort des Rechtssatzes, hier des Rechtsgeschäftes, zu unterscheiden, ob alle oder nur gewisse Veräusserungen und welche unter dem Verbot begriffen sind.[25])

Allgemein aber ist giltig: immer erstreckt sich das Verbot nur auf die freiwilligen Veräusserungshandlungen desjenigen, gegen den das Verbot erlassen ist. Die von seiner Willkür unabhängigen Veräusserungen werden dadurch nicht gehindert (z. B. infolge der Teilungsklage eines Miteigentümers oder durch Zwangsenteignung).[26]) Dies betont auch ausdrücklich Lauk: Die Veräusserungsverbote gehen nur auf die freiwilligen Veräusserungen, nicht auf jene, welche infolge gesetzlicher Nötigung eintreten: also ist z. B. das Verbot nicht anwendbar, wenn die Sache einem Dritten gehört.[24])

---

[23]) Sintenis, Civilrecht I. S. 406.
[24]) Lauk in d. Ztschrft. für Civilrecht u. Pr. B. 5. S. 4.
[25]) Puchta i. d. Ztschrft. f. gesch. R.-W. B. XII. S. 220.
[26]) v. Holtzendorff, Rechtslexikon III². S. 1012.

Das vertragsmässige Veräusserungsverbot.

§ 3.

Giltigkeit.

Gehen wir jetzt auf die Veräusserungsverbote im Einzelnen ein.

Die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote beruhen entweder auf Vertrag zwischen den Parteien, sogenanntes vertragsmässiges Veräusserungsverbot, oder auf einem letzten Willen, sogenanntes testamentarisches Veräusserungsverbot.

Betrachten wir in erster Linie die auf Uebereinkunft beruhenden Veräusserungsverbote. Wenn jemand durch Vertrag sich verpflichtet, seine Sache nicht zu veräussern, so entsteht zunächst die Frage, ob ein solcher Vertrag überhaupt giltig ist. Hierüber findet sich in den Quellen eine Stelle, die von den einzelnen Schriftstellern verschiedentlichst interpretiert worden ist. Es handelt sich um l. 61. D. de pactis 2. 14: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat aut ne vicino invito praedium alienet.

Manche wollen die cit. lex ganz wörtlich verstanden wissen und ziehen daraus also den Schluss, dass die Römer im allgemeinen die vertragsmässigen Veräusserungsverbote als nichtig bezeichneten; so sagt Dernburg: sie gelten als gegen das Wesen des Eigentums verstossend;[1]) dieselbe Auffassung vertritt v. Wening-Ingenheim[2]) und Sintenis.[3])

Andere Schriftsteller stellen dagegen die Behauptung auf, das vertragsmässige Veräusserungsverbot hätte nach

---

[1]) Dernburg, Pandekten I, § 217[11].

[2]) v. Wening-Ingenheim, Gemeines Civilrecht II, S. 293.

[3]) Sintenis, Gemeines Civilrecht I. S. 407.

Ansicht der Römer stets dann rechtliche Wirkungen hervorbringen können, wenn die Partei, welcher die Nichtveräusserung versprochen wurde, irgend ein nachweisbares rechtliches Interesse, dass nicht veräussert werde, hat.[4])

Sie schliessen dies aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verbindlichkeit der Verträge. So sagt Lauk: Als allgemeiner Grundsatz ist hier an die Spitze zu stellen, dass ein Vertrag der Art, wenn der Acceptant bei ihm kein reelles Interesse hat, ungiltig ist, indem er auf eine nutzlose Weise die Freiheit des Eigentums und die Dispositionsbefugnis des Eigentümers beschränkt, die Römer aber in der Regel alle Verträge verwerfen, die eine nutzlose Beschränkung andrer Personen mit sich führen.[5])

Diese Rechtsgelehrten, deren Auffassung mir die richtige zu sein scheint, verstehen also die cit. lex von dem gewöhnlichen Fall, dass der Paciscent an der Nichtveräusserung nicht interessiert ist und sehen darin den eigentlichen Grund, warum Pomponius den in der cit. lex erwähnten Vertrag für ungiltig erklärt. Liegt aber wirklich ein nachweisbares rechtliches Interesse vor, so ist das pactum de non alienando wirksam, wie l. 9. C. de pact. int. empt. 4. 54. bezeugt. Justinian redet in dieser lex zwar nicht ausdrücklich von dem pactum de non alienando, sondern von dem Fall: Si quis ita paciscatur in venditionis vel alienationis contractu, ut novo domino nullo modo liceat in loco vendito vel alio modo sibi concesso monumentum extruere vel alio modo humani iuris eum eximere — und entscheidet über die Giltigkeit dieses Vertrages gegen die Zweifel einiger älteren Juristen.

---

[4]) Wächter, Pandekten II. S. 19.

[5]) Lauk i. d. Ztschrft. f. C.-R. u. Pr. Bd. 5. S. 12; vergl. auch Glück, Ausf. Erl. der Pand. Bd. 16. S. 54.]

Allein aus dem Grunde, den Justinian anführt: Forsitan enim multum eius intererat, ne ei vicinus non solum quem nollet adgregetur, sed et pro quo specialiter interdictum est — geht wohl klar hervor, wie Glück hervorhebt, dass er auch das pactum de non alienando im Sinne gehabt habe, sowie es auch Pomponius[6]) mit den von Justinian erwähnten Fällen in eine Klasse setzte. Der angeführte Grund, keinen unangenehmen Nachbar zu bekommen, scheint wenigstens auf das pactum de non alienando mehr zu passen, als auf die von Justinian angeführten Beispiele.[7])

Liegt aber ein Interesse nicht vor, wäre also eigentlich das pactum de non alienando nichtig, so kann ein solcher Vertrag für den, dem die Veräusserung versprochen wurde, doch indirekt ein Interesse bekommen und deshalb giltig sein, wenn nämlich ein Interesse durch beigefügte Pönalstipulation künstlich geschaffen wird[8]) d. h. wenn derjenige, welcher sich zur Nichtveräusserung verpflichtet, für den Fall der Uebertretung seiner Verpflichtung dem andern eine Konventionalstrafe zu zahlen verspricht; dies wird bezeugt durch l. 11. D. de relig. 11. 7; vergl. auch l. 38 § 17. D. de verb. obl. 45. 1.[9])

Es ist zwar die Ansicht, dass es sich hier um eine Pönalstipulation handelt, nicht unbestritten geblieben. Nach Hertius[10]) soll die in der cit. lex erwähnte Stipulation nicht neben das Paktum als stipulatio poenae conventionalis, sondern an seine Stelle treten. Er will die

---

[6]) l. penult. D. de pactis (2. 14).

[7]) Glück, A. E. d. Pandekten Bd. 16. S. 62. Für die oben vertretene Ansicht sprechen auch l. 21 § 5 D. de act. empt. vend. 19 1; l. 135 § 3 D. de verb. obl. 45. 1; l. 75. D. de contr. emptione 18. 1.

[8]) Vangerow, Pandekten Bd. I. S. 550.

[9]) poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest.

[10]) Hertius, de pacto ne dominus rem suam alienet § 2.

cit. lex ausdrücklich der l. 61. D. cit. gegenübergestellt wissen, indem er annimmt, dass in diesem Gesetze (l. 61) dem vertragsmässigen Veräusserungsverbot nur als einem pactum nudum die Wirksamkeit abgesprochen sei, während in der l. 11 die bindende Kraft eines in der Form der stipulatio abgeschlossenen Vertrages, wodurch die Veräusserung einer Sache verboten werde, unbeschränkt anerkannt sei.[11])

Allein die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Theoretiker hat nicht diese Auffassung von der in l. 11 erwähnten stipulatio: sie betrachten sie vielmehr als eine neben den Vertrag tretende stipulatio poenae conventionalis. So sagt z. B. Schmid: Richtiger dürfte die Ansicht sein, dass die lex 11 cit. nicht dazu bestimmt ist, den zwischen der stipulatio und dem nudum pactum rücksichtlich der bindenden Kraft beider Geschäfte stattfindenden Unterschied darzustellen, sondern nur den Zweck hat, zu zeigen, dass das wegen des fehlenden Interesses unwirksame pactum durch eine stipulatio poenae conventionalis, durch welche eben ein Interesse künstlich gebildet wird, wirksam werden könne.[12])

Ausserdem ist auch anzunehmen, dass Pomponius, wenn er wirklich das entscheidende Moment in der Form des Vertrages gesehen hätte, dieses in der cit. lex etwas schärfer zum Ausdruck gebracht hätte.

Noch in einem anderen Fall sehen die Quellen von einem nachweislichen rechtlichen Interesse ab: dann nämlich, wenn der frühere Eigentümer sich bei der Uebertragung die Nichtveräusserung versprechen liess. Auch hier ist das pactum de non alienando giltig, denn, wie Glück ausdrücklich betont, l. 48 D. de pactis 2. 14. sagt nicht nur allgemein: In traditionibus rerum quod-

---

[11]) Pernice, Labeo III. S. 141.

[12]) Schmid, Gem. deutsch. bürg. Recht I. S. 39.

cumque pactum sit, id valere manifestissimum est; — sondern verschiedene leges bestätigen dies auch noch im besonderen, so

l. 135 § 3 D. de verb. obl. 45. 1;

l. 9 i. f. C. de pact. 4. 54;

l. 3. C. de cond. ob caus. dator. 4. 6.[13])

Endlich ist der Vertrag auch wirksam trotz Mangels eines Interesses, wenn der Pfandgläubiger mit dem Verpfänder ein solches pactum schliesst, wie deutlich erweist l. 7. § 2 de distr. pign. 20. 5, auf die später noch näher einzugehen ist. Dagegen ist es nicht zulässig, wie manche Schriftsteller[14]) wollen, die cit. lex extensiv zu interpretieren dahin, dass jeder dinglich Berechtigte mit dem Eigentümer ein solches pactum de non alienando mit rechtlicher Wirkung eingehen könne. Auch ist diese Behauptung nicht durch Quellenstellen zu erhärten. So ergibt sich von selbst die Richtigkeit der von Dernburg[15]) und Windscheid[16]) vertretenen Ansicht, dass lediglich der Pfandgläubiger zur Verstärkung seines Pfandrechts mit dem Eigentümer einen solchen Vertrag giltig eingehen kann[17])

Im späteren gemeinen Recht vertreten verschiedene Theoretiker den schroffen Standpunkt, dass die Veräusserungsverbote allgemein wirksam wären und von dem Erfordernis eines Interesses abgesehen werden könnte. So sagt Pagenstecher, gestützt auf l. 6. 1. D. de serv. export. 18. 7: Es ist der Satz zuzugeben, dass Vorbehalte irgendwelcher Art bei Eigentumsübertragung, wie bei

---

[13]) Glück, Pandekten XVI. S. 62; vgl. v. Vangerow, Pandekten I. S. 552 c.

[14]) Z. B. Lauk, Ztschrft. f. C.-R. u Pr. 5. S. 13; v. Vangerow, Pandekten I. S. 550.

[15]) Dernburg, Pandekten I. § 217.

[16]) Windscheid, Pand. I. S. 548. § 172[8].

[17]) Vergl. Sintenis, Civilrecht I. S. 407.

Rechtsübertragung überhaupt, eines besonderen Nachweises von Interesse überall nicht bedürfen.[18]) Doch ist diese Auffassung durchaus nicht durchgedrungen.

Ausschlaggebend scheinen mir die Auslassungen von Randa über diesen Punkt zu sein: er hält ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot ohne vermögensrechtliches Interesse für eine willkürliche, irrationale, der ökonomischen Bestimmung des Eigentums widersprechende Verkehrsbelästigung, dessen Giltigkeit ebensowenig anerkannt werden dürfe, als etwa ein Vertrag, die Sache überhaupt nicht zu benutzen.[19])

Andrerseits darf man nicht soweit gehen, und ein Interesse nur in bestimmten Fällen als vorliegend erachten. Die einzig richtige Auffassung, der auch die meisten Rechtslehrer huldigen, dürfte daher die sein, dass von einem besonderen Nachweis des Interesses in der Regel abgesehen werden kann, da sich dasselbe schon durch den Vertrag zu erkennen gibt; vergl. l. 6 § 1 D. de serv. export. 18. 7: quoniam hoc minoris homo venisse videatur.[20])

Im übrigen genügt nach gemeinrechtlicher Anschauung Affektionsinteresse.

§ 4.

Wirkung des vertragsmässigen Veräusserungsverbotes.

Ist nun nach obigen Ausführungen der über die Nichtveräusserung geschlossene Vertrag giltig abgeschlossen, so fragt es sich, welche Wirkungen ein solcher Vertrag hat? — Nach allgemeinen Grundsätzen kann die Antwort nicht zweifelhaft sein. Durch einen solchen

---

[18]) Pagenstecher, röm. Lehre v. Eigentum I. S. 60.

[19]) Randa, d. Eigentumsrecht I. S. 208.

[20]) Wurzel, d. Rechtswirk. d. Zuwiderhdlg. geg. Vv. S. 61.

Nichtveräusserungsvertrag verpflichtet sich allerdings derjenige, der die Nichtveräusserung zusagt: er kontrahiert eine Obligation. Aber diese Obligation verpflichtet, wie jede Obligation, nur ihn, seine Person und seine Universalnachfolger; keineswegs wird dadurch die Sache selbst, deren Nichtveräusserung er zusagte, belastet oder sein Eigentum an der Sache ein gemindertes oder beschränktes. Er verliert daher auch nicht die Fähigkeit, das Eigentum der Sache giltig auf andere zu übertragen.[1])

Es hat sich wohl allgemein der Standpunkt Geltung verschafft, dass der Wille der Parteien nicht dazu genügt, einer Sache den Stempel der Unveräusserlichkeit aufzudrücken.

Est ist also die Wirkung eines vertragsmässigen Veräusserungsverbotes der Regel nach dahin anzugeben, dass dasselbe nur eine Klage aus jener Obligation gewährt gegen den, der dem Vertrage zuwider dennoch veräusserte d. h. es begründet also nur eine persönliche Klage gegen den Veräusserer: sei es auf Rückgabe oder auf Zahlung der verabredeten Strafe oder auf das Interesse. Dies wird auch ausdrücklich durch die Gesetze erhärtet[2]), die gar keinen Zweifel aufkommen lassen, dass, wenn dem Veräusserungsverbot zuwidergehandelt wird, bloss eine persönliche Klage gegen den Veräusserer angestellt werden kann.

Dieselbe Anschauung vertreten fast die meisten gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten: So sprechen Azo und Accursius dem pactum de non alienando als pactum adjectum auch bloss eine persönliche Klage auf das Interesse zu. Ebenso sagt Dernburg: Verträge, welche die Nichtveräusserung einer Sache sowie Beschränkungen des

[1]) Wächter, Pandekten II. S. 19.

[2]) l. 3. C. 4. 6 (auf Rückgabe); l. 75. D. 18. 1, l. 21 § 5 D. 19. 1, l. ult. C. 4. 54, l 135 § 3 D. 45. 1. (Interessenklage); l. 11. D. 11. 7. (auf Zahlung einer Strafe).

Veräuserungsrechts ausbedingen, entbehren der dinglichen Wirksamkeit. Im Falle der Verletzung hat der Stipulant daher nur eine persönliche Klage gegen den Promittenten auf sein Interesse an der Nichtveräusserung.[3]) Dasselbe hat Gesterding schon vorher ganz ähnlich folgendermassen präzisiert: Bricht der Eigentümer den Vertrag, indem er die Sache dennoch veräussert, so hat der andere Paciscent, zu dessen Vorteil jener Vertrag eingegangen war, einen Anspruch und Klage gegen ihn auf id, quod interest, alienationem factam non esse, aber die Veräusserung selbst ist giltig und kann von dem Paciscenten nicht angefochten werden.[4])

Neben den Ausführungen anderer Juristen verdient meines Erachtens noch die Stellungnahme von Glück zu dieser Frage eingehendere Beachtung: nach seiner Auffassung kann das pactum de non alienando, als pactum adjectum, keine andere Klage, als welche aus dem Hauptkontrakt entspringt, hervorbringen. Eine dingliche Klage setze ein dingliches Recht voraus; aus Verträgen entspringe aber in der Regel nur ein persönliches Recht; vergl. l. 3. pr. D. de obligationibus 44. 7: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.[5])

Ganz in dem Sinne Glück's argumentiert Mühlenbruch: Wer wird es leugnen, dass es dem Geiste unseres Rechts keineswegs entspreche, wenn man einem blossen Vertrage, falls durch denselben nicht etwa ein dingliches Recht begründet wird, die Wirkung beilegt, dass auch gegen Dritte daraus eine Klage entstehen könnte.[6])

---

[3]) Dernburg, Pandekten I. § 217.
[4]) Gesterding, Lehre v. Eigentum S. 27.
[5]) Glück, Pandekten XVI. S. 62.
[6]) Mühlenbruch, Cession S. 326.

Scheint diese Auffassung so einzig der rechtlichen Natur des Eigentums wie dem Interesse des wirtschaftlichen Lebens zu entsprechen, so ist sie doch nicht unbestritten. Zu allen Zeiten wurden Ansichten laut, die dem vertragmässigen Veräusserungsverbot dingliche Wirkung zuschreiben wollten.

Die Schriftsteller, die diesen Standpunkt einnehmen, berufen sich dabei auf verschiedene Gesetze, die dem oben aufgestellten Prinzip zu widerstreiten scheinen; eine einfache Betrachtung der einzelnen leges wird uns aber überzeugen, dass diese entweder gar nicht Stellung nehmen zu der Frage nach der Wirkung des pactum de non alienando oder aber eine Interpretion zulassen, die der oben vertretenen Ansicht nicht widerspricht:

So führen sie die l. 3. C. de cond. ob. caus. dator. 4. 6 für sich an, indem sie das — id efficit, ne alteruter eorum dominium prorsus alienaret — so verstanden wissen wollen, dass der Beschenkte überhaupt nicht imstande sei, das Eigentum zu übertragen, also in den Worten eine dingliche Wirkung erblicken. Hiergegen geben v. Vangerow[7]) und Lauk[8]) eine ganz andere Interpretation: nach ihrer Meinung beziehen sich die cit. Worte bloss auf die faktische Folge des vertragsmässigen Veräusserungsverbots, während die rechtliche Folge der Uebertretung desselben in den Worten — ut donatori vel heredi eius condictio servata, quaeratur — ausgesprochen wird d. h. die lex wolle sagen: das Veräusserungsverbot bewirkt entweder, dass der Donatar die Veräusserung ganz unterlässt, oder dass, wenn er es nicht tut, dem Schenker eine condictio zusteht.

---

[7]) v. Vangerow, Pandekten I. S. 552.

[8]) Lauk, i. d. Ztschrft. f. C.-R. u. Pr. 5. S. 14; vergl. Schmid, gem. deutsch. bürg. Recht I. S. 42.

Gegen diese Erklärung wendet sich allerdings Pernice, der es für nicht zulässig hält, die cit. Worte auf tatsächliche Nichtveräusserung zu beziehen (— nur etwa möglich, wenn es hiesse: ut omnino . . non alienet —). Er will vielmehr den betreffenden Satz als Kompilatorenwerk (— es wird in verschämt ungeschickter Weise auf die utilis rei vindicatio, den Liebling der Kompilatoren, hingedeutet) —[9]) mit Mommsen[10]) auswerfen. Auch nach dieser Erklärung von Pernice ist in der cit. lex von dinglicher Wirkung der Veräusserungsverbote nicht die Rede. Schliesslich wird die hier vertretene Auffassung noch bestätigt durch die Basiliken XXIV; tit. I. c. 31: *Ἐάν τις δωρήσηταί τινι ἐπὶ ὅρῳ τοιούτῳ ἐπὶ τῷ μηδέποτε τὰ δωρηθέντα ἐκποιῆσαι, τῷ μὲν νόμῳ ἐκποίησις οὐ κεκώλυται, ὁ δὲ ἐκποιήσας κατέχεται τῷ τῆς ἀπαιτήσεως δικαίῳ.*[11])

Die l. 7. C. de reb. alien. non a. 4. 54 kann auch die dingliche Wirkung des pactum de non alienando nicht erhärten. Es ist allerdings dafür angeführt worden, dass in dem cit. Gesetze von der Wirkung der auf Vertrag beruhenden Veräusserungsverbote ganz dieselben Ausdrücke gebraucht werden wie von der Wirkung der gesetzlichen und testamentarischen Veräusserungsverbote, deren Verletzung bekanntlich nichtig sei, und dass die fraglichen Ausdrücke — penitus prohiberi — und — servitutes minime imponi — auch geeignet seien, die Nichtigkeit der verbotenen Veräusserung auszusprechen.[12]) Dagegen ist aber mit Recht von Fritz ausgeführt worden, dass die betreffenden Ausdrücke nichts weiter besagen, als dass die fraglichen Handlungen nicht vorgenommen

---

[9]) Pernice, Labeo III. S. 285.

[10]) Mommsen, Corpus juris civ. II. S. 152[12].

[11]) Vergl. l. 15. J. 4—6.

[12]) Schmid, gem. deutsch. bürg. Recht. I. S. 43.

werden sollen.[13]) Dass von den verschiedenen Arten der Veräusserungsverbote dieselben Ausdrücke gebraucht werden, kann auch für die bekämpfte Ansicht nicht sprechen, da es offenbar allein die Aufgabe dieses Gesetzes war, anzugeben, welchen Umfang das Wort alienatio habe und nicht die, zu bestimmen, welches die Wirkung der Veräusserungsverbote sei.[14])

Auch die Berufung auf die l. 9. C. de pact. int. empt. 4. 54 zugunsten der Auffassung, dass das pactum de non alienando dingliche Wirkung habe, ist nicht aufrecht zu halten; denn Justinian entscheidet hier nur gegenüber den Zweifeln einiger älteren Juristen dahin, dass eine Nebenverabredung, wodurch[15]) bei der Uebertragung die Verwandlung der Sache in eine res divini juris verboten wird, giltig ist; keineswegs aber hat es seine Berechtigung aus der Stelle eine Folgerung auf die Wirkungen des pactum zu ziehen. Diese Auffassung wird u. a. auch von Schmid[16]), v. Vangerow[17]) und Lauk[18]) vertreten[19]).

Die auch herangezogene l. 7. C. de revoc. donat. 8. 56 gehört gar nicht hierher, denn die Stelle spricht garnicht von einem pactum de non alienando, behandelt vielmehr die Revokation einer Schenkung wegen Undankes[20]). Könnte man diese lex aber selbst auf das pactum de non alienando beziehen, so würde sie doch jedenfalls, wie Schmid[21]) entwickelt, gar nichts beweisen,

[13]) Fritz, Erläuterungen II. S. 288.

[14]) Lauk, in Ztschrft. f. C.-R u. Pr. Bd. V. S. 14.

[15]) ut novo domino nullo modo liceat . . .

[16]) Schmid gem. d. b. Recht I. S. 48.

[17]) v. Vangerow, Pandekten I. S. 552.

[18]) Lauk, a. a. O. S. 15.

[19]) Vergl. auch Glück, Pandekten XVI. S. 64.

[20]) actionem vero ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur nec tribuatur heredi.

[21]) Schmid, a. a. O. S. 42.

da hier das Wort vindicatio offenbar nur gleichbedeutend gebraucht wird mit actio vindictam spirans, wie aus dem Nachsatz deutlich hervorgeht — nec in heredem detur nec tribuatur heredi. —

Ebenso kann die l. 5. C. si manc. 4. 57, worin die Bestimmung enthalten ist, dass ein gegen ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot manumittierter Sklave die Freilassung nicht erhalte, eine Stelle, in der Windscheid[22]) eine unzweifelhafte Ausnahme sehen will, nicht als Beweis dienen; denn schon die Glosse betont: aliud in libertate, quam aliis rebus, quoniam apponens condicionem, ne manumittatur, non de actu manumittentis sed de beneficio libertatis intellexisse videtur[23]). Auch neuere Rechtslehrer wie Schmid und v. Vangerow[24]) wollen die citierte lex, wenn nicht bei diesem Reskript überhaupt besondere Verhältnisse vorausgesetzt werden müssten, nur als eine nicht auszudehnende Singularität des pactum ne manumittatur servus angesehen wissen. Derselben Ansicht ist auch Pernice.[25]) Jedenfalls ist die cit. lex im neueren gemeinen Recht nicht mehr praktisch.

Andere Rechtslehrer wollen dem vertragsmässigen Veräusserungsverbot zwar nicht allgemein dingliche Wirkung zuschreiben, jedoch in bestimmten Fällen. So will z. B. Bulgarus einen Unterschied machen, ob das pactum bei dem Vertrage oder der Uebergabe angehängt worden sei. In dem ersten Fall werde dadurch die Uebertragung des Eigentums nicht gehindert, und es trete nur obligatorische Wirknng ein; in dem letzteren Falle dagegen werde das Eigentum nicht übertragen, die dem Vertrag zuwider veräusserte Sache könne daher vindiciert

---

22) S. Windscheid, Pandekten § 172[8], Bd. I.

23) S. Lauk, in Ztschrft. f. C.-R. u. Pr. Bd. V. S. 16.

24) Schmid, gem. d. b. Recht I. S. 43 u. v. Vangerow, Pandekten I. S. 552.

25) Pernice, Labeo III. S. 208.

werden.[26]) Er beruft sich dabei auf die l. 48 D. de pactis 2. 14[27]); allein diese lex spricht, wie Lauk[28]) ebenfalls ausdrücklich hervorhebt, bloss von der Giltigkeit, nicht von der Wirkung eines pactum, das bei der traditio abgeschlossen wurde. Wird also der Nebenabrede entgegen gehandelt, so ist lediglich einer persönlichen Klage nach den oben entwickelten Grundsätzen stattzugeben.

Von einer dinglichen Wirkung kann hier nur die Rede sein, wenn der Eigentümer einer Sache bei Veräusserung derselben sich vom Erwerber ausbedingt, dass er sie nicht weiterveräussere, und dieses Veräusserungsverbot als Resolutivbedingung dem Vertrage beifügt, also die Parteien dahin übereinkommen, dass die Uebertragung dieser Sache sich wieder auflösen solle, sobald der Empfänger sie veräussern würde.[29]) In diesem Fall kann dann der veräussernde Eigentümer von jedem Dritten die Sache vindicieren, sobald der Paciscent sie weiter veräussern würde; vergl. hierüber Brinz: vertragsmässig mag man die Weiterveräusserung zur Resolutivbedingung einer Veräusserung setzen: da ist dann das Eigentum selbst, nicht bloss alienandi potestas in Frage gestellt.[30]) Es kann dieser Fall also als eine wahre Ausnahme nicht erachtet werden, denn die Weiterveräusserung ist hier allerdings nichtig, aber nicht wegen des Veräusserungsverbotes als solchen, sondern weil die Verabredung als Resolutivbedingung wirkt und dadurch der ursprüngliche Eigentümer ex tunc sein Eigentum zurückerhält und die von dessen Erwerber inzwischen — pendente condicione —

---

[26]) S. Glück, Pandekten XVI. S. 62 und die dort Citierten.

[27]) In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est.

[28]) Lauk, i. Ztschrft. f. C.-R. u. Pr. Bd. V. S. 14.

[29]) Wächter, Pandekten II. S 20.

[30]) Brinz, Pandekten I. S. 488.

vorgenommene Veräusserung nach allgemeinen Rechtssätzen wirkungslos wird.[31])

Zwei andre Ausnahmen von der Regel will Glück gemacht wissen. Nämlich erstens: wenn der Dritte, an welchen die Veräusserung erfolgte, wusste, dass der Veräusserer durch ein pactum de non alienando sich einem andern gegenüber zur Nichtveräusserung verpflichtet habe; hier hafte der Dritte wegen seines dolus.[32]) Allein dies ist nicht zuzugeben: denn jener Dritte machte sich eines dolus keineswegs schuldig, da derjenige, welcher kontrahierte, sein Eigentum zu übertragen an sich fähig und befugt war, und die obligatorischen Verpflichtungen, welche dieser gegen einen andern kontrahiert hatte, den Dritten in keiner Weise binden.[33])

Zweitens behaupten einige Rechtslehrer mit Glück, dass, wenn sich der Verkäufer für den Fall der Nichterfüllung des angehängten pactum de non alienando ein Pfandrecht an der Sache vorbehalten hat, der Berechtigte bei trotzdem erfolgter Veräusserung eine Klage gegen diesen Dritten auf Herausgabe der Sache erlange. Jedoch auch diese Auffassung ist unhaltbar: denn auch hier ist nach den oben entwickelten Prinzipien die Eigentumsübertragung giltig; der Berechtigte hat nur eine persönliche Klage gegen den Veräusserer auf Ersatz des Interesses; für diese Forderung haftet ihm ja nun die verpfändete Sache als Pfand; aus diesem Grunde hat er allerdings gegen den Dritten eine actio hypothecaria zum

---

[31]) Philipp, das vertr. Vv., i. Blätter f. Rechtsanwendung LXIV. S. 356; vergl. Wächter. Pandekten II. S. 22; ebenso Blätter für Rechtsanwendung XLII. S. 185; Seufferts Archiv XXXIII. S. 275; Mühlenbruch, Cession S. 327; v. Vangerow § 92 A. 4 und § 96 A. 1; Windscheid I. § 89 A. 4.

[32]) Glück, Pandekten XVI. S. 62 folg.

[33]) Wächter, Pandekten II. S. 20; ebenso verwirft Lauk i. d. Z. f. C.-R. u. Pr. Bd. V. S. 18 die Ansicht von Glück.

Zweck der Realisierung seines Pfandrechts, welcher aber der Dritte durch Zahlung des Betrages jenes Interesses sich entziehen kann.[34])

Aus diesen Ausführungen geht also hervor, dass das gemeine Recht allgemein den Grundsatz anerkannt hat, dass das vertragsmässige Veräusserungsverbot lediglich obligatorische Wirkungen hervorruft.

§ 5.

Die gesetzliche Ausnahme der l. 7 § 2 D. de distr. pign. 20. 5.

Von diesem Satz gibt es nur eine einzige Ausnahme: der Vertrag, durch welchen der Verpfänder dem Pfandgläubiger die Nichtveräusserung der Pfandsache zusagt, ist ausnahmsweise dinglich wirksam und macht die vertragswidrige Veräusserung nichtig. Diese Ausnahme findet sich ausgesprochen in der l. 7. § 2 D. de distr. pignor. 20. 5 nach der Lesart der Florentina, die da lautet: Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur. — Die Richtigkeit dieser Lesart der Stelle ist zu allen Zeiten von vielen Rechtsgelehrten angezweifelt worden, um die in ihr liegende Anomalie nicht anerkennen zu müssen. Infolgedessen ist die cit. lex Gegenstand der verschiedenartigsten Konjekturen gewesen.

So wird schon in der Glosse[1]) als abweichende handschriftliche Lesart angeführt: nullam esse pactionem —,[2])

---

[34]) Wächter, a. a. O. S. 20; ferner in dem Sinne Lauk, a. a. O. S. 17; vergl. auch Arndts, Pandekten § 378 not. k.

[1]) S. v. Savigny, Geschichte des röm. R. im Mittelalter III. S. 633.

[2]) Glossa Accursiana, vergl. Dernburg, Pfandrecht II. S. 25.

und dieselbe ist auch von Donellus[3]) übernommen worden. A. Faber[4]) will statt — debitori — lesen — debitoris, und gibt dadurch der Frage des Juristen einen andern Sinn; nämlich: ob der debitor dem creditor den Verkauf der Hypothek verbieten könne. — Besser noch schien derselbe Gedanke ausgedrückt, wenn man folgendermassen abänderte: si pactum sit a debitore, ne liceat creditoro h. v.,[5]) wie J. a Costa[6]) vorschlägt. Andre Rechtsgelehrte verbinden beide Konjekturen: die der Glosse und die von a Costa, so dass Marcian also den Satz ausgesprochen hätte: Ein Vertrag, wodurch einem Gläubiger das Veräusserungsrecht genommen werden sollte, sei nichtig. Dieser Satz ist aber nicht einmal ganz wahr;[7]) denn, wie aus l. 4. D. de pign. act. vel. contr. 13. 7 hervorgeht, ist der Vertrag, wodurch der debitor dem Gläubiger den Verkauf der Hypothek verbietet, nicht null; im Gegenteil macht sich der creditor, der doch verkauft, eines furtum schuldig. Zwar kann er nach dreimaliger Denuntiation das Verkaufsrecht wiedergewinnen, allein bis dahin übt der Vertrag alle von den Parteien beabsichtigten Wirkungen.[8]) Trotzdem haben sich viele Rechtsgelehrte für diese Emendation ausgesprochen.[9]) Sogar als die allein haltbare wird diese

---

[3]) Donellus ad leg. 135 § 3 de V. O.

[4]) Faber, de err. pragmatic. dec. 87 err. 2.

[5]) Dernburg, Pfandrecht, S. 26.

[6]) a Costa ad tit. J. quibus alienare licet vel non 28. 1.

[7]) Siehe Vangerow, Pandekten I. S. 551.

[8]) Dernburg, a. a. O II. S. 27.

[9]) z. B. Schmidt, gem. d. b. Recht. S. 41; Bachofen Ausgew. Lehren. S. 77; vergl. Böcking, Pandekten II. S. 193 (nullum heisse nicht nur das negotium, welches gar keine, sondern oft auch das, welches, wie hier die pactio, die beabsichtigten Wirkungen nicht habe —, eine Auffassung, gegen welche entschieden der Sprachgebrauch der Quellen spricht); ferner Heimbach, Bas. libr. XL. S. 108[51].

Lesart von Puchta verteidigt, der den Wortlaut der Florentina für das Gedankenloseste hält, was ein römischer Jurist geschrieben.[10]) Jedoch hat gegen diese von Puchta so leidenschaftlich verfochtene Notwendigkeit einer Textänderung Dernburg[11]) überzeugende innere wie äussere Gründe beigebracht. Der Hauptgrund, von dem in der Florentina enthaltenen Wortlaut abzuweichen, ist die Annahme, dass sich ein innerer Grund für die Ausnahme nicht denken lasse; allein, wie neben Dernburg auch Sintenis ausdrücklich nachweist, lassen sich soviel triftige Gründe anführen, um gerade rücksichtlich des Pfandrechts eine Ausnahme als sehr wohl begründet erscheinen zu lassen; hier sei nur auf den einen verwiesen, dass die Durchführung der Klage gegen den Verpfänder selbst leichter ist als die Anstellung gegen Dritte; besonders inbezug auf die Beweisführung.[12]) Von den neueren gemeinrechtlichen Rechtsgelehrten sei noch die Ansicht von Kohler[13]) erwähnt, der in der Lesart der Florentina einen Kopistenfehler vermutet; derselbe sei sehr alt und in verschiedene Handschriften übergegangen. Allein hiergegen bemerkt Dernburg mit Recht: Was bürgt uns dafür, dass er, wenn wirklich vorhanden, nicht älter ist als die Kompilation Justinians, und dass nicht die Kompilatoren den Satz, wie er uns vorliegt, mit dem Bewusstsein seiner Besonderheit aufnahmen? Können nicht die Kompilatoren selbst den Fehler d. h. die Abweichung von den regelmässigen Grundsätzen verbrochen und eine Singularität eingeführt haben.[14]) Beachtung verdient ferner die Konjektur, die Mommsen vorgenommen wissen will: er schlägt vor, zwischen — nullam — und

[10]) Puchta, in d. Ztschrft. f. gesch. R.-W. XII. S. 6.
[11]) Dernburg, a. a. O. S. 20 folg.
[12]) Siehe Sintenis, Civilrecht I. S. 407[16].
[13]) Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 68.
[14]) Dernburg, Pandekten I. S. 18.

— venditionem — einzuschieben — nec impediendam esse —; hiermit wäre dann die in der cit. lex enthaltene Ausnahme beseitigt und auch in diesem Falle hätte ein pactum de non alienando nur obligatorische Wirkung.

Allein so sinnreich auch alle diese Emendationen sind, so widerstreitet ihnen doch die Autorität der Basiliken,[15]) welche die Lesart der Florentina bestätigen.[16]) Pagenstecher glaubt daher durch eine Auslegung zu helfen, die allerdings nicht der Rechtskonsequenz, auch nicht absolut dem handschriftlichen Text widerstrebt; indem er den Vertrag mit dem Schuldner so deutet, dass es diesem nicht freistehen sollte, Distraktion eines Pfandes — durch einen Dritten, Schuldner jenes Schuldners, dem Letztern bestellt — vorzunehmen, also eine Afterpfändung in eigentümlichen Ausdrücken[15]) darin findet. Allein durch diese Interpretation wird der Stelle offenbar Zwang angetan: sie spricht blos von der Veräusserung eines vom Schuldner dem Gläubiger bestellten, nicht eines diesem Schuldner von einem Dritten bestellten Pfandes.[17]) Auch v. Vangerow sieht mit dieser Auslegung nur dem römischen Juristen eine überaus verkünstelte Ausdrucksweise aufgebürdet.[18])

Nach allen diesen Ausführungen ist es wohl als allein zulässig anzusehen, die cit. lex ganz wörtlich zu interpretieren und dieselbe dann etwa so zu verstehen, dass der Pfandgläubiger durch einen solchen Vertrag sein dingliches Recht, welches er an der Sache hat, erweitert habe und eben darum nicht blos gegen den Kontrahenten, sondern gegen jeden Besitzer der Sache auftreten könne. Auch die neuere Doktrin hat sich über-

---

15) Pagenstecher, röm. L. v. Eigent. S. 62

16) Bas. XXV. 7. c. 7: *Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.*

17) Vergl. Wächter Pand. II. S. 21.

18) S. v. Vangerow, Pand. I. S. 552.

wiegend für die Richtigkeit der gemachten Ausnahme ausgesprochen z. B. v. Vangerow, Glück, Sintenis und Fritz.[19]) Auch das in Sammlg. Bd. V., S. 822 veröffentlichte Plenarerkenntnis des bayr. Obersten Gerichtshofes hat die Digestenstelle als richtig angenommen und in den Gründen verwertet.

Es ist noch zu bemerken, dass partikularrechtlich das Veräusserungsverbot auch durch Eintragung im Hypothekenbuch dinglich wirksam werden kann;[20]) dem gemeinen Rechte ist dies aber prinzipiell fremd.

Die obigen Betrachtungen können also nochmals dahin zusammengefasst werden, dass ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot im gemeinen Recht lediglich obligatorisch wirkt, abgesehen von der in der lex 7 cit. enthaltenen Ausnahme.

§ 6.

Die besondere Stellung des pactum de non cedendo.

Eine Stellung ganz für sich nimmt das pactum de non cedendo ein, d. h. der Vertrag, wodurch sich der creditor dem debitor gegenüber verpflichtet, die ihm zustehende Forderung nicht zu cedieren.

Zunächst kann wohl das als unbestritten gelten, dass durch dieses Cessionsverbot zwischen dem Gläubiger und dem debitor eine rechtliche Verbindlichkeit begründet wird, vermöge deren der Schuldner dem Gläubiger gegenüber, der entgegen dem Vertrage die Forderung cediert hat, einen Anspruch auf das gesamte Interesse erhält, welches der Schuldner daran hat, dass die Forderung nicht abgetreten wäre. Ist für den Fall der Cession eine Konventionalstrafe ausgemacht, so kann der Schuldner.

[19]) Sämtlich a. a. O.

[20]) Vergl. A. L. R. I. Tit. 4 § 14—19.

sobald die Forderung cediert wird, auf die Strafe klagen. Ebenso darf darüber gar kein Zweifel sein, dass der cedierende Gläubiger keinesfalls den Cessionar an der Eintreibung der Forderung hindern kann; jedem Einspruch des Cedenten würde die exceptio doli entgegenstehen, da er dem Cessionar durch den Cessionsvertrag verpflichtet ist. Der debitor cessus ist also berechtigt, an den Cessionar zu zahlen u. z. mit befreiender Wirkung: denn wieder könnte gegen den Cedenten die exceptio doli geltend gemacht werden, wollte er von dem Schuldner nochmals Zahlung verlangen.[1])

Sehr bestritten aber ist im gemeinen Recht die Frage, ob das pactum de non cedendo auch gegen Dritte wirke d. h. ob der Schuldner dem Cessionar gegenüber sich mit Wirkung auf das vertragsmässige Cessionsverbot berufen könne. Diese Rechtsfrage hat in den römischen Quellen keine ausdrückliche Entscheidung gefunden, wofür wohl der Grund darin zu suchen ist, dass das römische Recht auch auf seiner letzten Entwicklungsstufe nie den wirklichen Eintritt des Cessionars anstelle des Cedenten in das zwischen diesem und dem Schuldner bestehende Schuldverhältnis (Cession) für möglich erachtete, sondern dabei stehen blieb, dass der Cessionar nur ein mandatum ad agendum erhalte.[2])

Seuffert[3]) will daher auf dem Wege der Analogie die Grundsätze des römischen Rechts über das römische Sachenveräusserungsverbot auf das vertragsmässige Cessionsverbot angewendet wissen[4]), indem er folgendermassen deduciert: Da ein Cessionsverbot seinem Inhalte und seiner beabsichtigten Wirkung nach nichts sei, als ein Verbot, die Forderung weiter zu veräussern, so liege

[1]) Seuffert, im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 51 S. 102.
[2]) Seuffert, a a. O., S. 104.
[3]) Seuffert, a. a. O., S. 106.
[4]) Stegemann, im Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 67. S. 318.

der Gedanke nahe, dieses Veräusserungsverbot nach denselben Grundsätzen zu behandeln, welche das römische Recht über auf Privatwillen beruhende Veräusserungsverbote, die sich auf Sachen beziehen, aufgestellt hat, nach denen das Verbot zwar unter den Kontrahenten eine Obligation auf Nichtveräusserung bezw. Entschädigung begründe, aber die trotz solchen Verbotes geschehene Veräusserung nicht nichtig sei, vielmehr zu Recht bestehe; der Grund hierfür sei in der Rücksicht auf den allgemeinen Verkehr zu finden, mit dessen Interessen ein Widerspruch dadurch hervorgerufen würde, wenn der Erwerber einer Sache zu ihr in ein solches Verhältnis trete, vermöge dessen dieser Sache die Verkehrsfähigkeit entzogen würde, obgleich die Sache nach wie vor fortexistiere. Diese Gründe, welche die Nichtigkeit des Sachenveräusserungsverbotes hervorgerufen haben, seien gewissermassen in erhöhter Dringlichkeit bei denjenigen Vermögenswerten vorhanden, die in Gestalt von Forderungen auftreten, in welcher Gestalt, namentlich heutzutage, das Vermögen eine grössere Beweglichkeit habe als in Sachengestalt.[5]) Diese Deduktion scheint, wie Stegemann ausführt, vom juristischen Standpunkt unhaltbar. Es kann wohl kaum der Beweis erbracht werden, dass es Gründe des allgemeinen Verkehrsinteresses gewesen sind, welche die Römer veranlassten, dem vertragsmässigen Sachveräusserungsverbote dingliche Wirkung zu versagen; dies scheint vielmehr aus dem Begriffe der Sache gefolgert werden zu müssen. Die Sache ist ein existentes Ding und bestimmt, dem Willen einer Person unterworfen zu sein; die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache unter den Willen einer Person ist das Eigentum, das sich namentlich auch in der Befugnis der Veräusserung, seiner Weiterbegebung manifestie

[5]) Seuffert, i. Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 51 S. 106 folg.

Aber eine Sache ist ein anderes und eine Forderung ist ein anderes. Denn die Forderung existiert nicht; sie wird erst geschaffen, und lediglich von ihren Erschaffern hängt es ab, wie das Geschöpf beschaffen sein soll.[6])

Dass es lediglich Sache der Kontrahenten ist, einer zwischen ihnen zu begründenden obligatio die rechtliche Gestaltung zu geben, ist auch in den Quellen bezeugt.[7])

Wird also bei der Begründung des Forderungsrechts ein vertragsmässiges Cessionsverbot beigefügt, so ist der Wille der Paciscenten darauf gerichtet, dass die Cession der aus der Obligation entspringenden Rechte nicht stattfinden solle. Ein Übertreten eines solchen Vertrages kann keiner Partei zustehen. Nimmt der Gläubiger die Cession dennoch vor, so handelt er gegen die lex contractus, seine Handlung ist dem Schuldner gegenüber unrechtmässig, und der Letztere ist nicht verpflichtet, der Cession irgend eine Folge zu geben: verlangt der Cessionar Zahlung von ihm, so kann der Schuldner dieselbe mit Recht verweigern, denn er braucht die Tatsache der Cession als etwas Vertragswidriges nicht anzuerkennen. Es wird hiernach durch ein vertragsmässiges Cessionsverbot die Cession zu einer wirkungslosen gemacht, d. h. das Cessionsverbot hindert die Cession.

Diese Ansicht finden wir bei Windscheid bestätigt. Er hält es gar nicht für zutreffend, hier überhaupt von einem Veräusserungsverbot zu sprechen. Die Forderung werde gar nicht zuerst als eine an und für sich veräusserliche geschaffen, und dann erst eine neue Bestimmung getroffen, welche ihr diese Eigenschaft nehmen solle; sondern es werde von vornherein der Macht des

---

[6]) Stegemann, i. Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 67 S. 319.

[7]) l. 23 D. 50. 17; l. 27. D. 50. 17; l. 1 § 6 D. 16. 3. vergl. Seuffert, a. a. O. S. 105.

Gläubigers die Grenze gesetzt, dass nur er von dem Schuldner Leistung solle fordern dürfen.[8])

Ebenso lehrt Sintenis, dass eine Beschränkung der Cessibilität dadurch gegeben sei, wenn die schuldige Leistung in solcher Verbindung mit der Person des Gläubigers steht, dass sie nur diesem gegenüber geschehen kann und durch Gewährung an einen andern ihre Identität einbüsste, und zählt hierzu den Fall, wo dieses vertragsmässig festgesetzt, die Forderung also auf die Person des Gläubigers ausdrücklich beschränkt worden ist.[9]) Vergl. die Entscheidung des Reichsgerichts, wo es auch heisst: Die herrschende Meinung geht meistens davon aus, dass es der Willensbestimmung der Kontrahenten, wie sie die Begründung des Forderungsrechts hätten ganz unterlassen können, auch überlassen bleiben müsse, nach Belieben von vornherein nur ein nicht cessibles Forderungsrecht zu begründen, und dass daher für die Übertragung des Satzes, wonach durch ein bloss vertragsmässiges Veräusserungsverbot die Giltigkeit der dennoch erfolgten Veräusserung nicht gehindert wird, auf Forderungsrechte kein Raum bleibe.[10])

Für die dingliche Wirksamkeit des pactum de non cedendo gegen Dritte spricht sich auch aus Dernburg[11]) und Eck.[12])

So kann es als herrschende Meinung im gemeinen Recht hingestellt werden, dass das pactum de non cedendo bei allen Forderungen eine Wirkung gegen Dritte ausübt, wenn nicht ein solches pactum überhaupt der Natur der betreffenden Obligation widerspricht.

---

[8]) Windscheid, Pandekten, II. § 335.
[9]) Sintenis, II. S. 809 (Civilrecht).
[10]) Entscheidung des R.G. XXXI. S. 167.
[11]) Dernburg, Pandekten II. S. 141.
[12]) Eck, in Iherings Jahrbüchern XXXV. S. 304

§ 7.

Das testamentarische Veräusserungsverbot.

Ausser durch Übereinkunft kann auch durch letztwillige Verfügung ein rechtsgeschäftliches Veräusserungsverbot erlassen werden. Dasselbe ist im römischen Recht im allgemeinen ohne rechtliche Wirkung, denn die Erblasser, sagt Marcian,[1]) — talem legem testamento non possunt dicere —. Nur wenn irgend eine Person vorhanden ist, die die Folgen seiner Übertretung geltend machen kann, d. h. nur wenn der Erblasser ausdrücklich zum Vorteil bestimmter Personen (— persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est —) die Veräusserung untersagt hat, ist das Verbot wirksam.

Hat dagegen an der Haltung dieses Verbotes niemand ein Interesse, so gilt das Veräusserungsverbot als ein blosses nudum praeceptum testatoris, welchem nicht Folge geleistet zu werden braucht, und was daher rechtlich bedeutungslos und unwirksam ist,[2]) wie in lex 38 § 4 D. 32 ausdrücklich hervorgehoben wird; vergleiche besonders aber l. 114 § 14 D. 30, wo es wörtlich heisst: Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse: nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.

---

[1]) l. 114 § 14 D. 30.

[2]) Weiske, Rechtslexikon XII. S. 101.

Hier muss nun unterschieden werden, ob das Verbot eine zum Nachlass gehörige Sache betrifft oder ob es sich auf eine eigne Sache des Honorierten bezieht.

Handelt es sich um einen Nachlassgegenstand, dessen Veräusserung zu gunsten eines Dritten dem Erben ausdrücklich verboten ist, so ist die trotz des letzwilligen Verbotes vorgenommene Veräusserung nichtig; aber die Nichtigkeit der Veräusserung wird nicht etwa durch das letztwillige Veräusserungsverbot bewirkt, sondern vielmehr dadurch, dass solchenfalls das Veräusserungsverbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthält und also mit dem letztwilligen zugleich ein gesetzliches Verbot zusammentrifft.[3]) Dies ist die herrschende Ansicht im gemeinen Recht, die jedoch nicht unbestritten geblieben ist. So behauptet Brinz, dass nicht blos dadurch, dass man es mit Rücksicht auf eine gewisse Person anordnet, sondern auch durch Beifügung der causa, um derentwillen das Verbot platzgreift, dem letzwilligen Veräusserungsverbot Wirksamkeit verschafft wird. Das Verbot werde hier dann aus dem Zwecke (— causa futura, res ob quam —) wirksam, der das Verbot nicht minder als ein Vermächtnis über das nudum praeceptum emporhebe.[4])

Noch weiter geht Fitting, der das letzwillige Veräusserungsverbot stets für dinglich wirksam erklärt, wenn ihm nur nicht als nudum praeceptum jedes erweisliche Interesse abgehe. Für seine Ansicht führt er an l. 2. C. de usucap. pr. empt. 7. 26, indem er darin den Gedanken ausgesprochen sehen will, dass auch ohne respectus personae die Veräusserung gegen ein letzwilliges Veräusserungsverbot ungiltig und zu einem Usukapionstitel ungeeignet ist.[5])

---

[3]) Vergl. l. 3 § 2—4 C. com. de legat. 6. 43, siehe Weiske, Rechtslexikon S. 101.

[4]) Brinz, Pandekten I. S. 489.

[5]) Fitting, i. Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 51 S. 272.

Dieser Auffassung ist jedoch von zahlreichen Rechtsgelehrten widersprochen worden. So bemerkt Pernice, dass sehr wohl in der cit. lex ein Fideikommiss gesehen werden könne: noch der letztüberlebende Erbe soll von der Geschicklichkeit der Sklaven Gebrauch machen. Dem Wortlaute nach liege hier kein Veräusserungsverbot vor (— heredibus servos servari praecepit —); statt dessen habe der Erblasser den Beweggrund für seine Anordnung hervorgehoben und deshalb die Erhaltung der Sklaven durch die Erben vorgeschrieben.[6])

Diese Erklärung halte ich jedoch für etwas gekünstelt; denn wenn das Reskript hier auf ein verstecktes Fideikommiss hätte Bezug nehmen wollen, so hätte es das auch wahrscheinlich etwas deutlicher durchblicken lassen.

Nach der Meinung des Cujacius[7]) gilt das Reskript ausschliesslich für das Sklavenrecht; er glaubt ihm daher keine praktische Bedeutung mehr beilegen zu müssen. Seuffert[8]) bescheidet sich mit Schmid[9]) die cit. lex für eine singuläre Ausnahme zu erklären, die nicht ausgedehnt werden dürfe.[10])

Dies alles sind natürlich nur Notbehelfe, für die es an jedem Anhalte mangelt. Ich halte die Ansicht von Windscheid[11]) für die richtige, der das Wirksame in der cit. lex nicht in dem testamentarischen Veräusserungsverbot, sondern in einer testamentarischen Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt sieht: der Erblasser nimmt die Veräusserungsbefugnis garnicht dem Eigentümer, nur dessen tutor. Der unmündige Eigentümer kann ohne-

[6]) Pernice, Labeo III. S. 60 A 5.
[7]) Cujacius comm. ad tit. Cod. de usucap.
[8]) Seuffert, d. ges. Vv. S. 27 A 18.
[9]) Schmid. gem. d. b. Recht I. S. 89 A 16.
[10]) Vergl. Wächter, Pandekten S. 812 A 23.
[11]) Windscheid, Pandekten I. S. 547.

dies nie veräussern, der Erblasser konserviert ihm lediglich sein Eigentum; mündig geworden, kann jener veräussern.[12])

Bedeutung verdient die Ausführung von Unterholzner,[13]) der die hier gegebene Interpretation durch argumentum e contrario aus der l 1 § 2 D. de reb. eor. 27. 9 folgern zu können glaubt. In der cit. lex ist es dem Erblasser gestattet, die dem Vormund inbetreff der Immobilien auferlegten Einschränkungen letzwillig zu erlassen; daraus könne man den Schluss ziehen, dass es umgekehrt ihm auch gestattet sei, inbetreff der Mobilien seine Befugnisse einzuschränken.

Mag nun diese Ansicht richtig sein oder nicht, soviel scheint mir jedenfalls aus dem Vorhergesagten hervorzugehen, dass es gewagt erscheinen muss, aus der cit. lex mit Fitting den Schluss zu ziehen, dass jedes letzwillige Veräusserungsverbot mit dinglicher Wirkung ausgestattet sei, auch das, in dem kein Vermächtnis enthalten ist.

Ferner beruft sich Fitting für seine Auffassung auf die Worte der l. 38. pr. D. 32: secundum ea quae proponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset; mit denen geradezu ausgesprochen sei, dass der Kauf nichtig sein würde, wenn die Erbschaft noch anderweitig Mittel zur Tilgung der Erbschaftsschulden darböte.[14])

Schwierigkeiten bereitet diese Stelle allerdings; da nämlich vor Justinian aus Fideikommissen nur obligatorische Ansprüche entstanden, so konnte das in der cit. lex allerdings enthaltene Fideikommiss die Nichtigkeit der Veräusserung nicht erzeugen; man musste also

---

[12]) Pagenstecher, d. röm. Lehre v. Eig. I. S. 67; in demselben Sinne Stephan, im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 34. S. 363.

[13]) Unterholzner, Verjährungslehre I. S. 134.

[14]) Fitting, im Archiv f. d. c. Pr. Bd. 51. S. 271.

nach einem andern Grund suchen. Wie erwähnt, sieht Fitting ihn nun in dem letzwilligen Veräusserungsverbot. Andere, z. B. Seuffert[15]) sucht die cit. lex aus dem von Justinian aufgehobenen Rechtsmittel der missio in rem zu erklären; diese bei den Fideikommissen übliche Immission erhielt der Fideikommissar für den Fall, dass der Erbe die als Fideikommiss hinterlassene Sache veräussert hatte; jedoch nur, wenn der dritte Besitzer in mala fide war, wie Paulus[16]) bezeugt;[17]) dies scheint allerdings hier nicht der Fall zu sein, denn es heisst in der cit. lex ausdrücklich: emtores, qui fideicommissum ignoraverunt; Seuffert nimmt nun freilich an, in späterer Zeit sei eine in rem missio auch gegen den gutgläubigen Käufer erteilt worden, übersieht aber dabei, wie Fitting[18]) bemerkt, dass gerade l. 38. cit. die ältere Stelle u. z., da sie aus Scaevolas Digesten herstammt, nicht unerheblich älter als der Ausspruch des Paulus[16]) ist.

Am besten scheint mir die Erklärung von Pernice zu sein, der mit Gradenwitz[19]) eine Interpolation annimmt: exsolvisset für exsolveret ist unlateinisch. Das Anhängsel bringt Scaevola mit seinen sonstigen Grundsätzen in unheilbaren Widerspruch: denn was von der Veräusserung gilt, muss auch von der Verpfändung gelten.[20])

Wenn sich Fitting ferner auf die l. 114. § 14 D. 30 beruft, welche beweisen soll, dass nur ein Veräusserungsverbot, dem jedes erweisliche Interesse abgeht, als nudum paeceptum nicht beachtet wird, sonst aber die trotz dem Verbote vorgenommene Veräusserung nichtig ist, so ist demgegenüber zu bemerken, dass die cit. lex

---

[15]) Seuffert, d. ges. Vv. S. 28.
[16]) Paulus, Sent. IV. 1 § 15.
[17]) Glück, Pandekten XIX. S. 166 A.[63].
[18]) Fitting, i. A. f. d. c. P. Bd. 51. S. 272.
[19]) Gradenwitz, Interpolationen S. 200.
[20]) Pernice, Labeo III. S. 61.

gerade für die hier vertretene Ansicht spricht; deutlich wird gesagt, dass nur dann das Veräusserungsverbot rechtliche Bedeutung hat, wenn der Testator einen Grund für sein Verbot angegeben hat und in diesem Grunde zugleich die stillschweigende Errichtung eines Fideikommisses enthalten ist. In dieser Ansicht stimmen fast alle neueren Rechtslehrer überein; vergl. z. B. Pernice: nur wenn sich in das Verbot ein Fideikommiss hineindeuten liess, hielt man es aufrecht. Das causam exprimere muss in nächstem Zusammenhange mit der Bezeichnung einer durch das Verbot begünstigten Person verstanden werden. Der Kaiser sehe eben in der Person die causa.[21])

Dieses Resultat findet auch durch andre Quellenstellen noch seine ausdrückliche Bestätigung: l. 93. pr. D. de leg. III., l. 69 § 3 D. de leg II., l. 77. § 7 D. de leg. II.[22])

Aus den oben cit. Gesetzen erhalten wir also das Ergebnis, dass im römischen Recht ein testamentarisches Veräusserungsverbot Nichtigkeit der trotzdem erfolgten Veräusserung nicht zur Folge hat, ausser wenn es mit Rücksicht auf eine bestimmte Person gegeben ist, denn in diesem Fall ist in dem Veräusserungsverbot zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthalten. Die Nichtigkeit ergibt sich aus dem dinglichen Recht, das jedem Vermächtnisnehmer zusteht, seit Justinian Fideikommisse und Legate verschmolz und in c. 3. C. 6. 43. ausserdem noch ein gesetzliches Veräusserungsverbot zu

[21]) Pernice, Labeo III. S. 61, vergl. Elvers, im Arch. f. pr. Rechtsw. Bd. 4. S. 123.

[22]) Vergl. Windscheid, Pand. I. S. 547; ebenso Wächter, Pand. S. 812; Pagenstecher, r. L. v. Eig. I. S. 66; Schmid, g. d. b. R. I. S. 38; Gesterding, L. v. Eig. S. 27; vergl. Wochenbl. für merkwürdige Rechtsfälle. Bd. 10. S. 106.

gunsten des Vermächtnisnehmers schuf. Es koincidiert mit dem testamentarischen also zugleich ein gesetzliches.[23])

Beachtung verdient noch die Bestimmung des l. 114 § 14 de leg. I: haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse, wodurch ausdrücklich festgelegt wird, dass durch derartige Veräusserungsverbote weder Rechte der Gläubiger noch des Fiskus beeinträchtigt werden dürfen[24]).

Auch wenn das Veräusserungsverbot mit einem Familienfideikommiss verbunden ist, ist es kein pro non scripto zu achtendes nudum praeceptum, da sowohl die causa des Verbots ausgesprochen ist, dass nämlich die Sachen den ehelichen Kindern und übrigen Kognaten erhalten würden, als auch die Personen ersichtlich sind, in deren offenbaren Interesse der Testator so disponiert hat, nämlich eben die Descedenten und Verwandte, zu deren Gunsten durch jenes Veräusserungsverbot ein stillschweigendes Fideikommiss errichtet worden ist[25]).

Bei einer von dem mit dem Fideikommiss beschwerten Erben vorgenommenen freiwilligen Veräusserung haben alle Mitglieder der Familie ein Klagerecht (omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt), jedoch so, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus, vorausgesetzt, si paratus sit cavere se familiae domum restiturum[26]).

Hier gilt noch folgende singuläre Bestimmung, dass eine wegen drängender Schulden vorgenommene Veräusserung bis zum Tode des Fiduciars zu Recht besteht, dann aber muss der Erwerber das Familienfideikommiss

---

[23]) Vangerow, Pandekten I. S. 550.

[24]) Vergl. l. 38 pr. D. de leg. III.

[25]) Elvers, im Arch. f. pr. R. Bd. IV. S. 120.

[26]) Vergl. l. 69. 3 D. 31 und l. 77. 27 D. 31; siehe Brinz, Pandekten III[1] § 423[31].

herausgeben, wie in den Quellen[27]) ausdrücklich bezeugt ist[28]).

Von besonderer Bedeutung für die hier vertretene Ansicht ist, wie Pagenstecher bemerkt, dass nach Ulpian[29]) mit Einwilligung aller Fideikommissare die Veräusserung wohl giltig vorgenommen werden kann. Denn hieraus erhellt, dass der Wille des Erblassers, rein als solcher, die Veräusserung nicht für die Zukunft inhibieren kann[30]).

Die Familienfideikommisse lösten sich nun im Laufe der Entwicklung des gemeinen Rechts nach und nach von ihrer Grundlage los und nahmen deutsch-rechtliche Einflüsse in sich auf: So fiel die Beschränkung der Fideikommisse auf vier Generationen weg; ebenso brach sich allmählich die Auffassung Bahn, dass die Unveräusserlichkeit lediglich auf den Willen des Stifters zurückzuführen sei; der Zusammenhang mit den Veräusserungsverboten verlor jede Beachtung[31]).

Die Wirkung, dass eine gegen den Willen des Testators vorgenommene Veräusserung nichtig sei, kann ausser durch ein neben dem Veräusserungsverbot gleichzeitig errichtetes Vermächtnis auch dadurch erzielt werden, dass der Testator die Veräusserung unter einer Resolutivbedingung untersagt. Zwar konnte der Testator im römischen Recht dies nur gegenüber einem Vermächtnisnehmer, da die Hinzufügung einer Resolutivbedingung bei der Erbeseinsetzung in direktem Widerspruch mit dem Grundsatz des römischen Rechts: semel heres — semper heres gestanden hätte.

[27]) l. 69 § 1 D. de leg. II.

[28]) Vergl. Lauk, in d. Ztschrft f. C. R. u. Pr. Bd. V. S. 11; ebenso Westphal, Vermächtnisse § 366.

[29]) l. 120 § 1 D. de leg. I.

[30]) Pagenstecher, d. röm. L. v. Eigent. S. 63.

[31]) Vergl. Brütt, d. rechtsgesch. Vv. S. 49.

Wird im römischen Recht nun dem Vermächtnisnehmer die Veräusserung unter einer Resolutivbedingung untersagt, so ist die Tatsache, dass bei trotzdem vorgenommener Veräusserung die veräusserte Sache an den Onerierten zurückfällt (eventuell von ihm vindiciert werden kann sogenanntes dominium revocabile ex tunc[32]) wieder nicht auf das Veräusserungsverbot, sondern vielmehr auf den Eintritt der Resolutivbedingung zurückzuführen, wodurch ipso jure das Eigentum an den Onerierten zurückfällt[33]).

Nach späterem gemeinen Recht wird man jedoch, wie Windscheid[34]) betont, auch bei der Erbeseinsetzung die Zufügung einer Resolutivbedingung zuzulassen und sie der Absicht des Testators entsprechend regelrecht als Anordnung eines Universalfideikommisses aufzufassen haben[35]).

Bei allen diesen Betrachtungen hinsichtlich letztwilliger Veräusserungsverbote haben nur Fälle zu Grunde gelegen, wo eine zum Nachlass gehörige Sache Gegenstand eines letztwilligen Veräusserungsverbotes gewesen ist. Doch ist auch der Fall zu berücksichtigen, dass der Testator eine im Eigentum des Erben stehende Sache zu veräussern verbietet, natürlich gegen einen Vorteil, denn sonst ist die ganze Bestimmung, als über ein ius tertii, getroffen, nichtig[36]).

In diesem Fall kann von der Nichtigkeit der trotz des Verbotes vorgenommenen Veräusserung nicht die Rede sein. Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts stand auf dem Standpunkt, dass durch ein derartiges

---

[32]) Pagenstecher, a. a. O. S. 63.
[33]) Puchta, Vorlsgn. über d. h. röm. Recht, I. S. 286.
[34]) Windscheid, Pandekten, III. § 554 A. [19].
[35]) Dernburg, Pandekten, III S. 159.
[36]) Lauk, i. d. Ztschrft. f. C.-R. u. Pr. Bd. V. S. 11.

Verbot lediglich ein obligatorischer Anspruch auf das Interesse entsteht für denjenigen, zu dessen Gunsten die Veräusserung untersagt wurde, vergleiche Lauk,[37]) der dies Ergebnis durch argumentum e contrario aus der l. 1. C. 6. 43 erhält: durch die Annahme des Vorteils ist nur ein Quasikontrakt über die Nichtveräusserung eingegangen, und so eine bloss persönliche Verbindlichkeit begründet worden, die natürlich auch nur eine bloss persönliche Klage haben kann[37]); vergleiche ferner Sintenis: bei letztwilligem Verbot inbezug auf Sachen des Honorierten tritt niemals Nichtigkeit ein[38]).

Schliesslich ist auch der Fall noch zu beleuchten, dass das Veräusserungsverbot vorzüglich im Interesse des Honorierten selbst diesem auferlegt worden sei. Im Sinne der Quellenstellen ist auch dieses Veräusserungsverbot lediglich als ein nudum praeceptum, als ein blosser Rat, anzusehen, dem jede bindende Kraft fehlt, da es sich dabei doch immer nur um das eigene Interesse des Honorierten handelt, und es eben mit den Grundsätzen von der nicht ohne Not zu beschränkenden persönlichen Willensfreiheit der Erben und Legatare unvereinbar erscheint, wenn der Testator die Handlungen ihrer Vermögensverwaltung im voraus regeln und feststellen wollte[39]).

Es können also die gefundenen Resultate des gemeinen Rechts nochmals dahin zusammengefasst werden, dass ein letztwilliges Veräusserungsverbot als solches niemals Nichtigkeit der trotzdem vorgenommenen Veräusserung nach sich ziehen kann, dass dieser Effekt aber auf andere Weise hergestellt werden kann.

---

[37]) Lauk, a. a. O.
[38]) Sintenis, Gem. Civilrecht I. 408 [23].
[39]) Elvers im Arch. f. pr. R.-W. Bd. 4 S. 130.

Zu bemerken ist demgegenüber jedoch, dass im neueren gemeinen Recht jedes Veräusserungsverbot obligatorische Wirkung erzeugen kann, soweit das Verbot nur im Interesse irgend einer Person erlassen ist und sofern es nicht unsittlich ist.

II. Teil.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot nach B. G. B.

§ 8.

Der Begriff der Verfügung.

Wir kommen jetzt zu dem rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbot im B. G. B.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die verschiedenen Kontroversen des gemeinen Rechts bezüglich dieser Materie durch wenige positive Bestimmungen vollkommen beseitigt und so diese Lehre erheblich vereinfacht.

In erster Linie ist auf einige nicht unwichtige Abweichungen in der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches von der des gemeinen Rechts aufmerksam zu machen. Der Begriff der Veräusserung im heutigen Recht hat nämlich gegenüber dem des gemeinen Rechts insofern eine Einschränkung erfahren, als nach dem B. G. B. unter Veräusserung lediglich die Übertragung des Eigentums oder eines sonstigen Rechts verstanden wird. Der bisherige Sprachgebrauch, wonach unter Veräusserung regelmässig die Belastung mitbegriffen wurde, ist also beseitigt[1]). Wo letztere gemeint ist, wird sie neben der Veräusserung genannt; vergleiche hierzu die Motive[2]): Der Entwurf gebraucht die Ausdrücke — Ver-

[1]) Crome, System d. d. Bürg. Rechts I. 327 [20].

[2]) Motive z. B. G. B. I. S. 128.

äusserung, veräussern — regelmässig in dem Sinne des Aufgebens der Substanz eines Rechtes (Übertragung und Aufhebung des Rechtes). Soll die Belastung durch Bestellung eines dinglichen Rechtes mitgetroffen werden, so ist die Belastung neben der Veräusserung besonders genannt oder es wird überhaupt nicht von der Veräusserung, sondern von Übertragung, Belastung und Aufhebung gesprochen. Nur in wenigen Fällen, in welchen der Zusammenhang keinen Zweifel lässt[3]), ist die Veräusserung in dem weiteren Sinne gebraucht, dass sie die Belastung in sich schliesst.

Das BGB. gebraucht vielmehr als technische Bezeichnung für das mit dinglicher Wirkung versehene Veräusserungsgeschäft: die Verfügung[4]) u. z. als privatrechtsgeschäftliche Verfügung im Gegensatz zur gerichtlichen oder sonstigen obrigkeitlichen Verfügung (auch den Verfügungen des Konkursverwalters)[5]).

Unter Verfügung versteht das Gesetz, ohne jedoch eine ausdrückliche Begriffsbestimmung zu geben, jedes Rechtsgeschäft, durch welches jemand entweder ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise aufgibt — sei es, dass er das Recht einem anderen überträgt (Veräusserung), sei es, dass er das Recht zerstört, ohne es auf einen anderen zu übertragen (Verzicht) — oder aus der Fülle einer ihm zustehenden Macht heraus ein neues Recht zu gunsten eines anderen und zu seinen Lasten schafft (Belastung)[6]).

Der Begriff der Verfügung umfasst demnach neben der Veräusserung und Belastung auch die Änderung und Aufhebung eines Rechts, insbesondere also auch die Annahme einer geschuldeten

---

[3]) Entwurf I z. B. G. B., §§ 441 u. 491.

[4]) Endemann, Lehrbuch d. B. G. B. II. S. 63.

[5]) Vergl. Fischer-Henle, Handausg. z. B. G. B. S. 49.

[6]) Cosack, Lehrb. des B. G. B. S. 153 [2].

Leistung, indem dadurch die Forderung aufgehoben wird, und ebenso den Erlass einer Forderung[7]). Auch die Kündigung eines Rechtsverhältnisses durch den Berechtigten gehört dahin, weil sein Recht dadurch eine Änderung erleidet.

Nicht unter den Begriff der Verfügung fallen obligatorische Rechtsgeschäfte, vielmehr wird scharf unterschieden, ob ein Rechtsgeschäft nur die Verpflichtung zu einer Verfügung begründet oder selbst schon eine Verfügung enthält[8]). Auch Crusen und Müller weisen ausdrücklich darauf hin: Die Verfügung hat dinglichen, die Eingehung der Verpflichtung zu einer Verfügung hat obligatorischen Charakter[9]).

Nicht Verfügung in diesem Sinne des B. G. B. ist ferner die Prozessführung; ist jemandem also die Verfügung über ein Recht untersagt, so ist damit noch nicht gesagt, dass er das Recht nicht im Prozessweg geltend machen könne[10]). Vergl. auch die Definition bei Crome[11]): Verfügungen sind Rechtsgeschäfte, durch welche jemand unmittelbar (gewissermassen dinglich) ein ihm zustehendes Recht ganz oder teilweise auf einen andern überträgt, dasselbe belastet, ändert oder aufhebt.

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass der Begriff der Verfügung im B. G. B. im grossen und ganzen dem Begriff der alienatio des gemeinen Rechts entspricht. Aus der Natur der Sache ergibt es sich aber, dass natürlich bei der Festlegung des Begriffes Verfügung auf diejenigen prinzipiellen Unterschiede zwischen gemeinem Recht und

---

[7]) v. d. Pfordten (136) will allerdings Forderungseintreibungen nicht zu den Verfügungen zählen; stellt sich aber mit dieser Behauptung direkt in Widerspruch zu den Motiven.

[8]) Planck, Kommentar z. B. G. B. I. S. 148.

[9]) Crusen-Müller, d. pr. A.G. z. B. G. B. S. 233.

[10]) Crome, Syst. d. b. Rechts. 326 [18].

[11]) Crome a. a. O.

dem Recht des B. G. B. Rücksicht zu nehmen ist, die zwischen ihnen bestehen. Wenn daher im gemeinen Recht das Ausschlagen einer Erbschaft nicht als eine alienatio anzusehen war, weil es dort notwendiges Moment der alienatio war, dass das veräusserliche Recht bereits erworben war, während nach römischer Auffassung bei noch nicht angetretener Erbschaft ein bloss möglicher Erwerb vorlag; so ist dagegen nach heutigem Recht das Ausschlagen der Erbschaft zu den Verfügungen zu rechnen, denn nach § 1942 B. G. B. geht die Erbschaft auf den berufenen Erben ohne weiteres über (Anfall); es liegt also in dem Ausschlagen eine Verfügung über ein bereits erworbenes Recht. Der hier aufgestellten Behauptung scheint zwar § 5 K.O. zu widersprechen, wo dem Gemeinschuldner die Ausschlagung einer ihm vor der Eröffnung des Verfahrens angefallenen Erbschaft ausdrücklich erlaubt wird, während ihm sonst jede Veräusserungsbefugnis genommen ist. Es scheint aber sehr gewagt, aus dieser speziell konkursrechtlichen Bestimmung folgern zu wollen, dass in der Ausschlagung einer Erbschaft keine Veräusserung liege; ich möchte mit Brütt[12]) die ratio für diese Bestimmung vielmehr darin sehen, dass der Gesetzgeber es für unbillig hielt, der blossen Rechtskonsequenz zuliebe dem Gemeinschuldner die Ausschlagung einer Erbschaft zu wehren und damit den Gläubigern einen zufälligen und unverdienten Erwerb zuzuführen.

Fassen wir diese Ergebnisse nochmals zusammen, so stellt sich der Begriff der Verfügung im B. G. B. dar als das unmittelbar rechts-übertragende, -belastende, -ändernde oder aufhebende Rechtsgeschäft[13]).

Es wird nun nach B. G. B. als Zuwiderhandlung gegen

---

[12]) Brütt, d. rechtsg. Vv. S. 66.

[13]) Enneccerus-Lehmann, B. G. B. S. 138.

ein Veräusserungsverbot jede beliebige Verfügung über einen Gegenstand (d. h. die alienatio des gemeinen Rechts) aufgefasst; es kann daher alles, was über die alienatio in Beziehung zu den Veräusserungsverboten gesagt ist[14]), auch hier Anwendung finden, soweit das oben Ausgeführte nicht dem entgegensteht.

§ 9.

Das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot und seine Wirkungen.

Betrachten wir jetzt, wie die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote im B. G. B. behandelt werden. Während das gemeine Recht dem vertragsmässigen Veräusserungsverbot die dingliche Wirkung versagt, erkennt das Preussische Landrecht[1]) vertragsmässige Veräusserungsverbote auch Dritten gegenüber an, wenn sie ihnen bekannt gewesen oder in das Grundbuch eingetragen sind. Das B. G. B. dagegen folgt der gemeinrechtlichen Auffassung: In den Motiven zum B. G. B. wird ausgeführt: Die Lehre, wonach die Beteiligten einem an sich obligatorischen Rechte, das sich auf eine bestimmte Sache bezieht, dingliche Wirkung beilegen können, hat in der heutigen Wissenschaft des gemeinen Rechts keinen Nutzen mehr; den Beteiligten steht es nicht frei, jedem beliebigen Rechte den Charakter eines dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt umgekehrt der Satz: die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulässt.[2])

In diesem Sinne entscheidet denn auch das Bürger-

---

[14]) oben § 1.

[1]) A. L. R. I. 4. §§ 14—19.

[2]) Motive zum B. G. B. III. S. 3.

liche Gesetzbuch, welches übrigens zwischen vertragsmässigem und letztwilligem Veräusserungsverbot nicht mehr unterscheidet. Für beide Arten der durch Rechtsgeschäfte begründeten Verbote bestimmt vielmehr der § 137 B. G. B.: Die Befugnis zur Verfügung über ein veräusserliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt. — Hiermit wird ausdrücklich bestimmt, dass, wenn eine Veräusserung einem rechtsgeschäftlichen Verbote zuwider erfolgt, die Veräusserung an und für sich nicht nichtig ist.

In dem Entwurf I[3]) war der Satz dahin aufgestellt, dass die Befugnis desjenigen, dem das Eigentum oder ein anderes Recht an einer Sache zusteht, über sein Recht zu verfügen, durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden könne, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt. Der § 137 B. G. B. erweiterte diesen Grundsatz: indem er ihn auf alle veräusserlichen Rechte ausdehnte d. h. auf alle Rechte, sei es dinglicher Natur, sei es persönlicher, denen nicht durch die Rechtsordnung die Veräusserlichkeit abgesprochen ist. Unveräusserlich sind die rein familienrechtlichen Rechte als solche, auch die rein persönliche Seite der Urheberrechte (nämlich in ihrer persönlichrechtlichen Seite der geistigen Vaterschaft), verschieden von der vermögensrechtlichen Seite desselben, dem Rechte der Vervielfältigung und Verbreitung eines Schriftwerkes[4]).

Die Beschränkung des Satzes in § 796 des Entwurfes I — soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt — hatte die dinglichen Rechte an Grundstücken

---

[3]) Entwurf I zum B. G. B. § 796.

[4]) Gareis, d. Allg. Teil des B. G. B. S. 169.

und beweglichen Sachen und Rechten im Auge und verstand sich von selbst, wie sie sich für den § 137 B. G. B. von selbst versteht[5]).

Die Einschränkung des Satzes endlich im Entwurf I § 796 — mit Wirkung gegen Dritte — spricht der Satz 2 des § 137 B. G. B. aus: Die Wirksamkeit der rechtsgeschäftlich geordneten Verpflichtung, nicht zu verfügen, wird durch die Vorschrift in Satz 1 nicht berührt d. h. wird eine Verpflichtung dieser Art übernommen oder letztwillig bestimmt, so ist sie dem Stipulanten gegenüber wirksam.

Die rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote ergreifen also gar nicht das Objekt, wenn letzteres an sich veräusserlich ist. Denn die Veräusserlichkeit entfliesst der im öffentlichen Interesse aufgestellten freien Verfügungsgewalt des Berechtigten über die seiner rechtlichen Herrschaft unterworfenen Gegenstände, die ihm durch blosse Privatfestsetzung nicht entzogen werden kann[6]); dies ist vielmehr nur in den Fällen zulässig, wo das Gesetz es ausdrücklich gestattet[7]).

Ähnlich begründet Endemann die gesetzliche Vorschrift: Die Rechts- und Verkehrsfähigkeit ist eine den Sachen kraft zwingenden Rechts zukommende oder entzogene Eigenschaft. Durch Privatwillkür kann einer Sache die Fähigkeit, im Privateigentum zu stehen und übertragen zu werden, weder verliehen noch entzogen werden. (Nicht wird die Sache selbst durch das Verbot in einen besonderen Rechtszustand versetzt)[8]). — Ja selbst wenn der Dritte das Verbot gekannt hat, auch in diesem Fall ist die trotzdem vorgenommene Veräusserung nicht nichtig.

---

[5]) Rehbein, Kommentar z. B. G. B. I. 178.

[6]) Crome, System d. d. Bürg. R. I. S. 379 [4].

[7]) Vergl. die Entscheidung des R. G. vom 25. März 1898.

[8]) Endemann, Lehrbuch des B. G. B. I. S. 2.

Im allgemeinen kann man auch dadurch nicht dem Veräusserungsverbot Wirksamkeit gegen Dritte verschaffen, dass man etwa die obligatorische Verpflichtung, über ein Recht an einem Grundstücke nicht zu verfügen, zum Gegenstand einer Vormerkung im Grundbuche macht, wie es Gareis und Fischer-Henle für zulässig halten; die aber dabei ganz offenbar übersehen, dass eine Vormerkung nach § 883 B. G. B. nur eingetragen werden kann zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes. Es kann also ein Veräusserungsverbot nur eingetragen werden, soweit dadurch ein für einen bestimmten Berechtigten eintragbares Recht am Grundstück oder einem Recht am Grundstück begründet werden kann[9]). Die hier vertretene Auffassung findet auch in Philipp ihren Verteidiger, welcher sie mit zwingenden Gründen beweist; auch er kommt zu dem Resultat, dass obligatorische Veräusserungsverbote nicht in das Grundbuch eingetragen werden können. Nur die an sich gegen Dritte wirkenden rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen gehörten in das Grundbuch, um durch die Eintragung absolute Wirkung auch gegen gutgläubige Dritte zu erlangen[10]).

Im übrigen ist in diesen und ähnlichen Fällen dem aus der obligatorischen Verpflichtung Berechtigten die Möglichkeit gegeben, sich dadurch wirksameren Schutz zu verschaffen, dass er bei drohender Verletzung der Verpflichtung zur Sicherung seines obligatorischen Anspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung ein richterliches Veräusserungsverbot nachsucht. Ein solches steht

---

[9]) Rehbein, Kommentar z. B. G. B. I. S. 179.

[10]) Philipp i. Blätter für Rechtanw. 64 S. 353.

nach § 136 B. G. B. einem gesetzlichen Veräusserungsverbot gleich: es ist also eine trotzdem vorgenommene Veräusserung dem Berechtigten gegenüber unwirksam; vergl. § 135 B. G. B. Ist aber die Veräusserung erfolgt, ohne dass der Dritte das richterliche Veräusserungsverbot kannte oder kennen musste, so ist der so gutgläubige Dritte auch in diesem Fall nach § 135 Absatz 2 nicht zu belangen[11]).

Regelmässig ist der Berechtigte also jedenfalls nicht in der Lage, sich bei trotzdem vorgenommener Veräusserung an den Dritten zu halten; er ist vielmehr lediglich beschränkt auf seinen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe oder Schadloshaltung; der ist ihm allerdings sicher (vergl. § 137 Satz 2 B. G. B.), denn die Begründung einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass nicht die Unmöglichkeit der Verfügung über dasselbe bestimmt werden kann. Ein anderes ist die Unmöglichkeit der Verfügung, ein anderes die Pflicht zu ihrer Unterlassung. Die Bestimmung, dass ich die Verfügung nicht zu treffen vermag, ist als solche nichtig, kann aber die rechtsgiltige Bestimmung in sich schliessen, dass ich einer bestimmten Person die Unterlassung der Verfügung schulde[12]).

Was nun den obligatorischen Anspruch des Berechtigten betrifft, so fragt es sich, ob dieser Anspruch ein Vermögensinteresse des Berechtigten voraussetzt oder ob auch dann ein Anspruch geltend gemacht werden kann, wenn ein blosses Affektionsinteresse vorliegt. Diese Frage hängt von der Entscheidung der berühmten Kontroverse ab, ob Vermögensinteresse notwendiges Erfordernis einer Obligation sei; diese Streitfrage war schon im

---

[11]) Vergl. Brütt, d. rechtsg. Vv. S. 68.

[12]) Hölder, Komm. z. allg. T. d. B. G. B. S. 304.

gemeinen Recht eine brennende; auch das B. G. B. hat sie nicht ausdrücklich entschieden; es schweigt vielmehr über diesen Punkt; gerade daraus aber kann man wohl unbedenklich folgern, dass das B. G. B. das Erfordernis eines Vermögensinteresses fallen lässt. Für Oertmann, welchem sich neben anderen auch Dernburg[13]) und Endemann[14]) anschliessen, ist dieses Schweigen des Gesetzes durchaus nicht massgebend; er glaubt vielmehr an dem Vermögensinteresse festhalten zu müssen, da das Fallenlassen des Vermögensinteresses den Begriff der Obligation zu unbrauchbarer Weite verflüchtigen und alle festen Grenzen gegen andere relativen Rechte niederreissen würde[15]).

Von solchen Grenzen weiss aber unser Bürgerliches Gesetzbuch nichts[16]). Ausschlaggebend für eine richtige Deutung des Schweigens des Gesetzes scheint mir die Ausführung hierüber in den Protokollen zu sein, wo ausdrücklich u. a. bemerkt wird: die Obligation habe bei einem hochkultivierten Volke nicht bloss die Aufgabe, dem Gläubiger materielle Güter zu verschaffen, sondern solle auch ideelle Güter ihm vermitteln, deren Bedeutung und Wertschätzung mit der Kultur steige[17]). Und weiter wird dann argumentiert: auch würde man durch Aufstellung des Erfordernisses eines Vermögensinteresses unpraktikables Recht schaffen; denn dieser Begriff sei viel zu unbestimmt und würde im einzelnen Falle nur zu oft zu Zweifeln Anlass geben und dem Schuldner die Handhabe zu chikanösen Einwendungen bieten[17]).

Kohler,[18]) der auch von dem Vermögensinteresse ab-

---

[13]) Dernburg, Pandekten II[1]. S. 186.
[14]) Endemann, Lehrb. des B. G. B. S. 474.
[15]) Oertmann, d. R. d. Schuldverh. d. B. G. B. S. 14.
[16]) Vergl. Brütt, d. rechtsg. Vv. S. 82.
[17]) Protokolle z. B. G. B. I. S. 281.
[18]) Kohler, im Arch. f. Bürg. R. XII. S. 21.

sieht, führt allgemein aus, dass die versprochenen Leistungen nicht einer Sphäre des Lebens angehören dürfen, die nicht geschäftsmässig ist und nicht geschäftsmässig sein soll: Religion, Liebe, Anstand seien Gebiete, inbetreff deren Verabredungen dem Verkehr entzogen seien; deshalb sei die Verpflichtung zu Leistungen, die diesen Gebieten angehören, rechtlich unverbindlich. — Hiervon steht zwar im Gesetzbuch nichts; aber die Vorschriften des B. G. B. führen im wesentlichen zu einem dieser Auffassung entsprechenden Ergebnisse: Regelmässig haben die Parteien bei Verabredungen des gedachten Inhalts garnicht die Absicht, eine rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit einzugehen (z. B. Versprechen des ersten Tanzes); ist aber ausnahmsweise ein animus se obligandi vorhanden, so würde eine solche Vereinbarung doch offenbar gegen die guten Sitten verstossen und also nach § 138 B. G. B. nichtig sein; denn gegen die guten Sitten verstösst es, wenn sich jemand etwas versprechen lässt, was nach den Geboten der Sittlichkeit und des Anstandes nur auf Grund eines freien Entschlusses geschehen oder unterlassen werden soll.[19]) Auch Stammler[20]) und Cosack[21]) bestätigen die hier vertretene Auffassung, dass Vermögensinteresse nicht notwendige Voraussetzung eines Forderungsrechtes ist.

Hat also der aus dem Veräusserungsverbot Berechtigte lediglich ein Affektionsinteresse an der Nichtveräusserung, so kann er in gleicher Weise wie der, welcher ein Vermögensinteresse hat, seinen Anspruch im Wege des Civilprozesses geltend machen: ist die Veräusserung des betreffenden Gegenstandes noch nicht vorgenommen, so kann der Berechtigte nach § 890 C. P. O.

---

[19]) Planck, Komm. z. B. G. B. II. S. 5.
[20]) Stammler, d. R. d. Schuldv. S. 4.
[21]) Cosack, Lehrbuch. des B. G. B. I. S. 286.

die Unterlassung der Veräusserung durch richterliche Androhung von Geld- oder Haftstrafen erzwingen; er kann auch wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit auf Grund des dadurch begründeten Anspruchs auf Schadensersatz nach § 249 B. G. B. die Herstellung desjenigen Zustandes verlangen, welcher bestehen würde, wenn die Verbindlichkeit erfüllt wäre. Soweit aber dies nicht mehr möglicht ist d. h. wenn der Dritte nicht zur Rückgabe bereit ist — und dies wird regelmässig der Fall sein — steht ihm ein weiteres Mittel, sein Recht zu verfolgen, nicht zu Gebote, denn nach § 253 B. G. B. kann der Ersatz eines Schadens, der kein Vermögensschaden ist, nicht gefordert werden. Sein Recht ist also insofern ein unvollkommenes. Will der Gläubiger sich gegen die hieraus entspringende Gefahr sichern, so muss er sich die Nichtveräusserung unter einer Vertragsstrafe nach § 339 B. G. B. versprechen lassen. Die Vertragsstrafe ersetzt dann die ihm von dem Gesetz versagte Entschädigung in Geld.[22])

§ 10.

Abweichungen von der Regel des § 137.

Von der Regel des § 137 kennt das Bürgerliche Gesetzbuch einige Abweichungen:

Die nach gemeinem Recht bei vertragsmässigen Verboten bestehende Ausnahme, dass ein Vertrag, durch welchen der Verpfänder sich dem Pfandgläubiger gegenüber zur Nichtveräusserung der Pfandsache verpflichtet, stets dingliche Wirkung hat, ist im heutigen Recht vollkommen fallen gelassen. Gerade in diesem Falle verschärfte der Gesetzgeber sogar noch die Bestimmung des § 137 B. G. B.

---

[22]) Planck, Komm. z. B. G. B. II. S. 6, vergl. Brütt, d. rechtsgesch. Vv. 81 folg.

Schon nach dem preussischen Recht[1]) war ein Vertrag unzulässig, welcher dem Eigentümer weitere Belastung verbot, während allerdings ein Vertrag, welcher ihm die Veräusserung untersagte, zulässig war.[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch aber ging hierüber noch hinaus: Ein praktisches Bedürfnis, heisst es in den Motiven, den Beteiligten die Möglichkeit zu eröffnen, der Hypothek durch Vertrag ein Veräusserungsverbot hinzuzufügen und den Inhalt derselben auf diese Weise zu erweitern, ist nicht vorhanden. Im Gegenteil: die Rücksicht auf das Gedeihen und die fortschreitende Entwicklung der Verhältnisse des Grundbesitzes erheischt dringend, dass der Eigentümer möglichst frei über sein Besitztum verfügen kann. Er muss, wenn seine Mitel nicht mehr ausreichen, rechtlich imstande sein, eine neue Hypothek aufzunehmen und, wenn dies nicht gelingt, das Grundstück durch Veräusserung in leistungsfähigere Hände zu bringen. Dieses Ziel aber ist nur dann erreichbar, wenn das Gesetz den vertragsmässigen Veräusserungsverboten auch die obligatorische Wirkung unter den Vertragschliessenden nimmt.[3])

Dies geschieht auch im § 1136 B. G. B., wo es ausdrücklich als ganz unzulässig hingestellt wird, dass ein Grundstückseigentümer sich seinem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräussern und auch nicht weiter zu belasten. Auf Grund einer solchen Abrede haben also die Hypothekengläubiger nicht einmal einen Schadensersatzanspruch, wenn der Eigentümer doch veräussert oder weitere Hypotheken aufnimmt; und ebensowenig können sie einstweilige Verfügungen oder Arreste erwirken, die dem Grundstückseigentümer derartige Verfügungen untersagen.[4])

---

[1]) Pr. Eigentumserwerbsges. § 48.

[2]) s. Dernburg, Sachenrecht d. B.G.B. § 234; vergl. Brütt S. 69

[3]) Motive z. B. G. B. III. S. 681.

[4]) Cosack, Lehrbuch des B. G. B. I[1] S. 176.

Trotz dieser Vorschrift ist nach Dernburg[5]) als nicht nichtig eine Vereinbarung anzusehen, wonach der Hypothekengläubiger zur Kündigung seiner Forderung befugt ist, wenn der Eigentümer das ihm verpfändete Grundstück veräussert oder weiter verpfändet. Diese Auffassung teilen auch Achilles und Strecker[6]) Schon in der Praxis des preussischen Rechts hielt das Kammergericht für zulässig und eintragungsfähig eine von dem Eigentümer übernommene Verbindlichkeit, ohne Genehmigung des Hypothekengläubigers das Grundstück nicht mit Grundschulden weiter zu belasten, widrigenfalls der Gläubiger zur Rückforderung des Kapitals befugt sein solle, weil diese Abrede nur als Rückzahlungsbedingung aufzufassen sei.[7])

Wie schon oben betont, bezieht sich die Vorschrift des § 137 B. G. B. auf alle veräusserlichen Rechte; sie gilt daher also auch für die Forderungsrechte. Die Forderungsrechte sind veräusserliche Rechte; hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Parteien durch besondere Verabredung die Übertragbarkeit mit dinglicher Wirkung ausschliessen oder durch eine nachträgliche Änderung des Inhalts des Schuldverhältnisses die Forderung zu einer unübertragbaren machen können. Durch eine derartige Vereinbarung erleidet eben der Inhalt des Forderungsrechtes eine Änderung: Dasselbe wird aus einem veräusserlichen Rechte in ein unveräusserliches umgewandelt. Diese den Parteien nach § 399 B. G. B. zustehende Befugnis zu einer solchen Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses zu einander ist daher mit der Vorschrift des § 137 B. G. B. durchaus vereinbar.[8])

Der § 399 B. G. B. enthält also durchaus keine

---

[5]) Dernburg, Sachenrecht des B. G. B. § 234.

[6]) Achilles-Strecker, die Grundbuchordng. S. 68.

[7]) Vergl. Jahrbuch f. Entsch. des K. G. IX. S. 82.

[8]) Protokolle III. S. 256.

Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift des § 137 B. G. B., da die Geltung jeder allgemeineren Norm eine subsidiäre ist im Verhältnisse zu den besonderen für bestimmte Teile ihres Geltungsgebietes Besonderes bestimmenden Normen.[9])

Auf dem Standpunkt des § 399, der ja auch der gemeinrechtliche ist, stand der Entwurf I zum B. G. B.[10]) nicht, der bestimmte, dass die Übertragbarkeit einer Forderung durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte nicht ausgeschlossen werden könne. In den Motiven[11]) wurde diese Bestimmung begründet aus der Anschauung heraus, dass eine nach allgemeinen Grundsätzen übertragbare Forderung nach der modernen Auffassung über die Verkehrsfähigkeit der Forderungen und die Sondernachfolge in dieselbe gleichsam versachenrechtlicht erscheine und daher hinsichtlich der Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Dispositionsbeschränkung ähnlich wie eine Sache zu beurteilen sei.[11]) Dieser Auffassung schloss sich die Kommission zweiter Lesung aber nicht an, sie trat vielmehr dem Standpunkte des gemeinen und preussischen Rechts bei: Als Regel wird[12]) zwar anerkannt, dass die Person des Gläubigers für den Inhalt der Leistung nicht wesentlich ist. Eine abweichende Bestimmung in dieser Beziehung zu treffen, soll den Parteien aber nicht benommen werden.[13])

Die Bestimmung des Entwurf I § 295 ging hauptsächlich von der Erwägung aus, dass die Unübertragbarkeit der Forderung auch deren Unpfändbarkeit zur Folge habe und dass daher dem Gläubiger durch Zulassung eines Abtretungsverbots die Möglichkeit gewährt werde,

---

[9]) Hölder, Kommentar z. allg. Teil des B. G. B. S. 304.
[10]) Entwurf I. z. B G. B. § 295 [2].
[11]) Motive zum B G. B. II. S. 122
[12]) Protokolle z. B G. B. I. S. 884.
[13]) Planck, Komm z. B G. B. II. zu § 399

seine Forderungen dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen.[14])

Dieses Bedenken wird durch § 851 Absatz 2 C. P. O. beseitigt, wo bestimmt wird, dass auch bei nicht übertragbaren Forderungen die Pfändung und die Überweisung zur Einziehung zuzulassen ist, falls der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt.

Gegenüber der Bestimmung des § 399 B. G .B. ist jedoch zu bemerken, dass der Schuldner nach § 405 B. G. B. das Verbot dem Cessionar nicht entgegenhalten kann, wenn er über die Schuld eine Urkunde ausgestellt hat und die Abtretung selbst unter Vorlegung der Urkunde erfolgt ist; es sei denn, dass der neue Gläubiger bei der Abtretung die Vereinbarung der Unübertragbarkeit kannte oder kennen musste. Es kommt nicht darauf an, ob die Vereinbarung bereits bei der Aufstellung der Urkunde oder erst später getroffen war; nur muss der Schuldner in letzterem Falle, um sich zu sichern, dafür sorgen, dass die Vereinbarung in der Urkunde bemerkt wird.[15])

Nach § 792 kann auch die Übertragung einer noch nicht angenommenen Anweisung verboten werden.[16]) Die Berechtigung des Anweisenden, die Übertragung vor der Annahme auszuschliessen, ergibt sich schon aus der Befugnis, die Anweisung vor der Annahme gänzlich zu widerrufen.[17])

Jedoch hat hier der gutgläubige dritte Erwerber der noch nicht angenommenen Anweisung nicht die Vorzüge des § 405 B. G. B.: auch wenn er den vertragsmässigen Ausschluss der Übertragung nicht kannte oder kennen

---

[14]) Planck, Komm. z B. G. B. II. zu § 399.

[15]) Planck, a. a. O. II. zu § 405.

[16]) Die angenommene Anweisung ist ebenso zu behandeln wie eine gewöhnliche Forderung.

[17]) Protokolle II. S. 391.

musste, steht er ihm doch entgegen; denn dem dritten Erwerber der Anweisung einen besonderen Schutz gegen Täuschung zu gewähren, ist nicht nötig, sein Recht ist überall noch unsicher, solange der Angewiesene die Annahme nicht erklärt hat.[18])

Um aber dem Angewiesenen entgegengehalten werden zu können, braucht der Ausschluss der Übertragbarkeit nicht aus der Anweisung hervorzugehen, sondern der Anweisende kann auch durch anderweitige Mitteilung an den Angewiesenen die Übertragung ausschliessen.[18]) Es genügt also nicht, wie nach § 405 bei dem neuen Gläubiger, dass der Angewiesene auf andre Weise die Abrede erfährt; auch schadet es ihm nichts, wenn er durch seine Schuld ohne Kenntnis von derselben bleibt.[19])

Gegenüber § 399 B. G. B. ist ferner zu bemerken, dass der Verabredung, durch die sich der Gläubiger einem Dritten gegenüber verpflichtet, über die ihm zustehende Forderung nicht zu verfügen, natürlich keine dingliche Wirkung zukommen kann: der Dritte kann sich selbst einem bösgläubigen Cessionar gegenüber nicht auf die verabredete Verfügungsbeschränkung berufen.

Nach § 413 B. G. B. finden die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Diese Bestimmung hat praktische Bedeutung im wesentlichen nur für solche Rechte, welche im B. G. B. nicht geregelt sind; dahin gehören insbesondere: die Patent-, Urheber- und Verlagsrechte. So können z. B. bei der Begründung des Verlagsrechts, welche erfolgt durch Vertrag zwischen dem Urheber eines Schriftwerks

---

[18]) Protokolle II. S. 391.

[19]) Brütt, das rechtsgesch. Vv. S. 74.

und dem Verleger, die Parteien die Unveräusserlichkeit desselben vereinbaren, und gilt dafür dann dasselbe, wie für eine Forderung, inbetreff deren eine solche Vereinbarung getroffen ist.

Das Urheberrecht, welches nicht durch Vertrag entsteht, ist ein veräusserliches Recht, und gilt daher für dieses die Vorschrift des § 137 B. G. B. unbeschränkt.

Ähnlich steht es mit dem Patentrecht. Dieses selbst ist nach Massgabe des Patentgesetzes an sich unter den dort getroffenen näheren Vorschriften veräusserlich; wogegen die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, das einem anderen eingeräumte Recht zur Ausnutzung eines Patentrechts durch eine bei der Einräumung unter den Parteien getroffene Vereinbarung zu einem unveräusserlichen Recht zu machen.[20])

Noch einige andre Abweichungen von dem Regelfall des § 137 B. G. B. sind in Betracht zu ziehen:

Wie schon oben ausgeführt, gilt auch für testamentarische Veräusserungsverbote die Bestimmung des § 137 B. G. B.; es kann also der Erblasser kein testamentarisches Veräusserungsverbot an sich mit Wirkung gegen Dritte erlassen. Ist aber ein letzwilliges Veräusserungsverbot zu gunsten bestimmter Personen vorgenommen, so kann es, wie im gemeinen Recht, eventuell einem Vermächtnis gleich geachtet werden. Dies war im Entwurf I zum B. G. B. sogar ausdrücklich normiert; in § 1844 hiess es: Hat der Erblasser den Erben die Veräusserung eines zum Nachlasse gehörenden Gegenstandes oder die Verfügung von Todeswegen über einen solchen Gegenstand verboten, so ist anzunehmen, dass die Person, zu deren gunsten das Verbot bestimmt ist, den Gegenstand als Vermächtnis erhalten soll. Der Entwurf II zum B. G. B. hat diese Vorschrift als selbstverständlich gestrichen.

[20]) Protokolle III. S. 266.

Abweichend vom gemeinen Recht ist aber in einem solchen Fall der Vermächtnisnehmer nicht mehr durch dingliche Klage geschützt; nach § 2174 B. G. B. hat er vielmehr nur einen obligatorischen Anspruch; den Dritten kann der Berechtigte selbst dann nicht belangen, wenn jener den Sachverhalt kannte oder kennen musste.[21])

Auch ohne dass dadurch ein etwa begünstigter Dritter einen obligatorischen Anspruch erhält, kann der Erblasser einem Erben oder Vermächtnisnehmer gegenüber ein Veräusserungsverbot erlassen u. z. in Form einer Auflage. Die Vollziehung einer solchen Auflage kann in erster Linie der etwa bestellte Testamentsvollstrecker verlangen; ausserdem der Erbe oder, wenn dieser selbst belastet ist, ein Miterbe; ferner hat dies Recht derjenige, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde; schliesslich in allen Fällen, wo es sich um Auflagen im öffentlichen Interesse handelt, kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.[22])

§ 11.

Die gesetzlich normierten rechtsgeschäftlichen Veräusserungsverbote.

Eine wesentliche Modifikation erleidet der § 137 ferner durch die durch Gesetz normierten rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen: Die Beteiligten können nämlich durch Rechtsgeschäft gewisse Rechtsverhältnisse schaffen, mit denen das Gesetz Verfügungsbeschränkungen verknüpft.[1]) Planck[2]) bezeichnet derartige Beschränkungen als gesetzliche, weil sie durch das Gesetz aus-

---

[21]) Vergl. Brütt, d. rechtsgesch. Vv. S. 76.

[22] Siehe § 2194 B. G. B.; vergl. Brütt, d. rechtsgesch. Vv. S. 76.

[1]) Achilles-Strecker, d. Grundbchordng. S. 24.

[2]) Planck III. S. 68.

drücklich normiert würden. Allein mit vollem Recht werden auch diese Verfügungsbeschränkungen als rechtsgeschäftliche bezeichnet, denn das Gesetz knüpft die Beschränkung an das Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses, und dieses beruht auf Rechtsgeschäft.[3])

Es gehören hierher unter anderen namentlich: Die Hinzufügung einer Resolutivbedingung, die Einsetzung eines Nacherben und die Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

Das Veräusserungsverbot kann ersetzt werden durch Beifügung einer Resolutivbedingung. Jedoch ist hier zu unterscheiden: hat man bei einer beweglichen Sache das Eigentum des durch das Verbot Gebundenen zu gunsten des aus dem Verbot Berechtigten zu einem von der Tatsache der Weiterveräusserung resolutiv bedingten gemacht,[4]) so ist der aus dem Verbote Berechtigte gegen den bösgläubigen Erwerber geschützt, denn mit dem Eintritt der Bedingung fällt das Eigentum an ersteren zurück nach § 161 B. G. B. — Dem gutgläubigen Dritten gegenüber ist der aus dem Verbot Berechtigte allerdings schutzlos nach § 161[3] B.G.B. und § 932.

Dies gilt von beweglichen Sachen. Nach § 925[2] B. G. B. ist im Gegensatz hierzu die Auflassung unter einer Bedingung unzulässig. Das Bürgerliche Gesetzbuch ermöglicht es jedoch, wenn ein Bedürfnis besteht, nach Inhalt des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts den Rückfall des Eigentums dinglich zu sichern[5]) und zwar durch die Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch: Der im Falle des Eintritts der Bedingung Berechtigte kann also seinen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Eigentums durch Eintragung einer Vormerkung sichern, welche eine ähnliche dingliche Bindung bewirkt,

[3]) Motive III. S. 228.

[4]) Brütt, d. rechtsgesch. Vv. S. 68.

[5]) Achilles-Strecker, d. Grundbuchordng. S. 62.

wie die Bedingung.[6]) In dieser versteckten Form besteht also das Veräusserungsverbot, soweit der öffentliche Glaube des Grundbuchs reicht, auch mit Wirksamkeit gegen Dritte.

Ein letztwilliges Veräusserungsverbot kann ersetzt werden durch die Einsetzung von Nacherben und die Bestellung von Testamentsvollstreckern.

Will der Erblasser dem Erben die Verfügung über den Nachlass beschränken, so braucht er ihm nur einen Nacherben einsetzen, wozu er in jedem Fall nach § 2100 B. G. B. berechtigt ist. Denn kann auch nach § 2112 B. G. B. der Vorerbe im allgemeinen frei über den Nachlass verfügen, so darf er doch nach § 2113 B. G. B. über ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstücke im Falle des Eintritts der Nacherbfolge nicht verfügen, wenn dadurch das Recht des Nacherben vereitelt oder benachteiligt wird. Um aber der Verfügungsbeschränkung gegen gutgläubige Dritte Wirkung zu verschaffen, bedarf es auch nach § 2113[3] B. G. B. der Eintragung des Rechtes des Nacherben in das Grundbuch. —

Das Gleiche gilt[7]) von der Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, soweit es sich nicht um eine Pflicht- oder Anstandsschenkung handelt. Auch diese Beschränkung wirkt jedoch nur gegen solche Dritte, denen der Sachverhalt bekannt war oder bekannt sein musste.[8])

Eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben kann der Erblasser schliesslich auch herbeiführen durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit der

---

[6]) Achilles-Strecker, d. Grundbuchordng. S. 122.

[7]) Vergl. § 2113 Abs. 2 B. G. B.

[8]) Brütt, d. rechtsg. Vv. S. 77.

Anordnung, dass derselbe die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat.[9]) Eine solche Anordnung wird aber regelmässig mit Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall oder mit dem Eintritt eines andern Ereignisses in der Person des einen oder des andern unwirksam.[10]) Nach § 2211 B. G. B. kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen. Eine solche Verfügungsbeschränkung hat aber wieder nur gegen solche Dritte Wirkung, denen der Sachverhalt bekannt ist oder durch Eintragung in das Grundbuch als bekannt gilt.

Derartigen Beschränkungen kann sich der Erbe, der nicht Pflichtteilserbe ist, nicht entziehen; und der Pflichtteilserbe, dem der ganze Erbteil oder mehr als der Pflichtteil hinterlassen, nur durch Wahl des Pflichtteils[11]) (den er aber unbeschränkt beanspruchen kann).[12])

Zu gunsten des verschwenderischen oder überschuldeten pflichtteilsberechtigten Descendenten geht das Bürgerliche Gesetzbuch sogar noch weiter; in diesem Fall der Enterbung in guter Absicht kann ein Nacherbe selbst in den Pflichtteil ernannt, auch für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen werden; der Abkömmling kann hier nur verlangen, dass ihm der Reinertrag seines Pflichtteils unbeschränkt zukomme.[13])

Diese Vorschriften sind von grosser praktischer Bedeutung; sie eröffnen dem Testator eine Macht für die Zeit nach seinem Tode, die vielfach dem Lebensbedürfnis

---

[9]) Vergl. § 2209 B. G B.
[10]) § 2210 B. G. B.
[11]) Rehbein, Komm. z. B. G. B. S. 180.
[12]) B. G. B. § 2306.
[13]) B. G. B. § 2338.

entspricht. — Der Erblasser kann auf diesem Wege ein Veräusserungsverbot auf lange Zeit zur praktischen Wirkung bringen.[14])

§ 12.

Die im Einführungsgesetz zum B. G. B. enthaltenen Ausnahmen.

Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches kommen auch die dem § 137 B. G. B. widersprechenden Vorschriften der Landesgesetze in Wegfall nach dem Grundsatz: Reichsrecht bricht Landrecht. Von der Regel des § 137 B. G. B. hat nun das Einführungsgesetz einige Ausnahmen in den Artikeln 59, 62, 64 ausdrücklich zu gunsten der Landesgesetze zugelassen.

Im art. 59 E. G. zum B. G. B. wird ausdrücklich die Regelung der Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter den Landesgesetzen vorbehalten. Es wird also, soweit die landesgesetzlichen Vorschriften das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot mit dinglicher Wirkung ausstatten, diese Wirkung auch in Zukunft aufrecht erhalten. — Wie aus den Protokollen hervorgeht, war es bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches wiederholt angeregt worden, entweder die Familienfideikommisse ganz abzuschaffen oder die künftige Errichtung derselben zu verbieten, da sie nicht nur kulturschädlich seien (denn sie entzögen erhebliche wirtschaftliche Güter dem Kapitale, der menschlichen Arbeitskraft und dem Verkehre), sondern auch zu einer schweren Ungerechtigkeit gegen die nachgeborenen Kinder führten.[1])

Die Kommission verhielt sich demgegenüber aber ablehnend, vorzüglich auf Grund der Beobachtung, dass

---

[14]) Rehbein, Komm. z. B. G. B. S. 180.

[1]) Protokolle z. B. G. B. VI. S 370.

nach den gegenwärtig in Deutschland vorhandenen politischen und sozialen Anschauungen ein Bedürfnis für die Errichtung von Familienfideikommissen bestehe. Solange diese Anschauungen sich nicht geändert hätten, sei der Gesetzgeber gebunden, die geeigneten Rechtsformen aufrecht zu erhalten, die dazu dienten, den diesen Anschauungen entsprechenden Erfolg herbeizuführen.[2])

Auch über die Rentengüter und das Anerbenrecht bleiben nach art. 62 und 64 E. G. zum B. G. B. die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt; soweit also nach diesen Bestimmungen Veräusserungsverbote mit dinglicher Wirkung erlassen werden können, bleiben sie auch nach dem Inkrafttreten des B. G. B. voll wirksam.

So kann z. B. nach § 3 des Preussischen Rentengutsgesetzes vom 27. VI. 1890[3]) der Rentengutsbesitzer vertragsmässig in seiner Verfügung dahin beschränkt werden, dass die Parzellierung des Gutes und Veräusserung von Parzellen von der Zustimmung des Rentenberechtigten abhängig gemacht wird. Die dingliche Wirkung ist wieder von der Eintragung oder Kenntnis abhängig.[4])

Ähnliche einschlägige Bestimmungen befinden sich auch in den Anerbengesetzen. Jedoch darf nach art. 64 [2] E. G. zum B. G. B. das Recht des Erblassers, über das Anerbengut letztwillig zu verfügen, durch die Landesgesetze nicht beschränkt werden.[5])

---

[2]) Wie [1]); vergl. auch Mot. S. 157.

[3]) Gesetz-Sammlung S. 209.

[4]) Rehbein, Komm. z. B. G. B. S. 18.

[5]) Ebenso Brütt, das rechtsg. Vv. S. 79 folg.

Schluss.

Die Übergangsbestimmung des art. 168 E. G. zum B. G. B.

Wenn mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches das gesamte frühere bürgerliche Recht, soweit nicht sein Fortbestand durch besondere gesetzliche Bestimmungen gewahrt ist, ausser Kraft tritt, so hat die eintretende Rechtsordnung keineswegs zur Folge, dass die von der Aufhebung betroffenen, durch dieselbe ihrer bisherigen Geltung verlustig gewordenen, Rechtsätze für die künftige rechtliche Beurteilung der Verhältnisse schlechthin bedeutungslos werden[1]) d. h. es haben die neuen Rechtsnormen des B. G. B. keine rückwirkende Kraft.

So behalten nach art. 168 E. G. zum B. G. B. auch schon bestehende rechtsgeschäftliche Beschränkungen ihre Wirkung, die ihnen nach altem Recht zukam. Für das gemeine Recht ist diese Bestimmung von geringerer Bedeutung; jedoch ist hervorzuheben: das Versprechen, wodurch der Eigentümer dem Hypothekengläubiger sich verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräussern, bleibt, wenn vor dem 1. Januar 1900 gegeben, bestehen, muss aber, um gegen gutgläubige Dritte Wirkung zu haben, wie bisher eingetragen werden. Von dem Zeitpunkt, da nach art. 168 E. G. zum B. G. B. das Grundbuch als angelegt gilt, verlieren die dinglichen zur Verstärkung

[1]) Haidlen, Kommentar zum B. G. B. IV. S. 550.

eines Hypothekenrechts vereinbarten Veräusserungsverbote ihre Wirksamkeit und sind von da ab von Amtswegen zu löschen: denn mit dem betreffenden Zeitpunkte verwandeln Hypothekenrechte sich in Buchhypotheken des neuen Rechts (art. 192 E. G. zum B. G. B.); letztere können aber keine Steigerung ihres Inhalts durch Anhängung eines Veräusserungsverbotes erfahren (§ 1136 B. G. B.) [2])

Ungleich wichtiger ist die Bestimmung des art. 168 E. G. zum B. G. B. aber für das preussische Recht, weil hier vertragsmässige und letzwillige Verfügungsbeschränkungen auch gegen den Dritten wirkten, dem sie bekannt oder durch Eintragung im Grundbuch ersichtlich waren. In diesem Rechtsgebiete behalten solche Verfügungsbeschränkungen, die vor 1900 entstanden sind, ihre dingliche Wirkung selbst gegenüber solchen Rechtsgeschäften, die erst nach dem Inkrafttreten des B. G. B. abgeschlossen sind. — Die Bestimmung, dass der gutgläubige Erwerber des dem Verbot zuwider bestellten oder übertragenen Rechts gegen die Geltendmachung des Verbots nach art. 168 E.G. zum B. G. B. ebenso geschützt sein soll, wie jemand der nach B. G. B. sein Recht von einem Nichtberechtigten herleitet, bedeutet für Preussen nichts Neues, da hier auch schon das Verbot nur demgegenüber geltend gemacht werden konnte, der es kannte oder wegen Eintragung im Grundbuch kennen musste.[3])

---

[2]) Philipp in Bl. f. Rechtanw. 64 S 374.

[3]) Habicht, d. Einwirkung des B. G. B. a. z. e. R. Seite 138.

Litteratur.

1. Achilles-Strecker, die Grundbuchordnung.
2. Arndts, Pandekten.
3. Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts.
4 Blätter für Rechtsanwendung XLII.
5. Böcking, Pandekten.
6. Brandis, Ueber absolute und relative Nichtigkeit.
7. Brinz, Lehrbuch der Pandekten.
8. Büchel, Jura in re.
9. Brütt. das rechtsgeschäftliche Veräusserungsverbot n. g. R. u. BGB. Berliner Dissertation.
10. Cosack, Lehrbuch des B. G. B.
11. v. Crailsheim, Zur Lehre vom Erwerbe d. Vermächtnisse.
12. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
13. Crusen-Müller, das preuss. Ausführungsgesetz zum B. G. B.
14. Dernburg, Pandekten.
15 — Lehrbuch des B. G. B. III.
16. — Pfandrecht.
17. Elvers, Vom nudum praeceptum testatoris und ..... Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. IV.
18. Endemann, Lehrbuch des B. G. B.
19. Enneccerus-Lehmann, B. G. B.
20. Entscheidungen des Kammergerichts IX.
21. — des Reichs erichts in Civilsachen III. XIX. XXXI.
22. Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B.
23. Fitting, Ist in jedem Veräusserungsverbote von selbst auch ein Ersitzungsverbot enthalten? Im Archiv für die civilistische Praxis XXXXVII.
24 — Wesen des Titels bei der Ersitzung. Im Archiv für die civilistische Praxis LI.
25. Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheims Lehrbuch.
26. Gareis, Der allgemeine Teil des B. G. B.
27. Gesterding, Lehre vom Eigentum.

28. Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten.
29. Habicht, Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entst. Rechtsv.
30. Haidlen, Kommentar zum B. G. B.
31. Heimbach, Basilicorum libri XL.
32. Hellwig, Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit. Im Archiv für die civilistische Praxis LXXXVI.
33. Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B.
34. Holtzendorff, Rechtslexikon.
35. v. Ihering, Passive Wirkungen der Rechte. In seinen Jahrbüchern für die Dogmatik X.
36. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen.
37. — 12 Studien zum B. G. B. Im Archiv f. bürgerliches Recht XII.
38. Lauk, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmässigen Veräusserungsverbote nach dem röm. R.? In der Zeitschrift f. Civilrecht u. Prozess. V.
39. Leist-Glück, Serie des Bandes 37—38; IV. Teil.
40. Leonhard, Der allgemeine Teil des B. G. B.
41. Linde, Ueber Bedingung, modus und nudum praeceptum in einer letztwilligen Disposition. In der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. V.
42. Matthiae, Kontroversen-Lexikon des römischen Civilrechts.
42. Meisner, Der allgemeine Teil des deutschen B. G. B.
44. Mommsen-Krüger-Schoell, Ausgabe des corpus juris civilis.
45. Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft.
46. Motive zum Entwurf eines B. G. B.
47. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte.
48. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B.
49. Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit.
50. Pernice, M. Antistius Labeo.
51. Petersen-Anger, Civilprozessordnung.
52. Philipp, Das vertragsmässige Veräusserungsverbot als dingliche Dispositionsbeschränkung nach gegenwärtigem und künftigem Recht. In Blätter für Rechtsanwendung. LXIV.
53. Planck, Kommentar zum B. G B.
54. Puchta, Institutionen.
55. — Vorlesungen über d. heutige röm. Recht.
56. — Veräusserung gegen Vertrag. In der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. XII.
57. Protokolle.
58. Randa, Eigentumsrecht.
59. Rehbein, Kommentar zum B. G. B.

60. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.
61. — System des heutigen römischen Rechts.
62. Joh. Schmid, Gemeines deutsches bürgerliches Recht.
63. Schröder, Gesetzliche Veräusserungsverbote nach röm. R.
64. Seuffert, E. A., Die gesetzlichen Veräusserungsverbote bei Singular- und Universalvermächtnissen.
65. Seuffert, L., Das pactum de non cedendo n. gem. R. Im Archiv für die civilistische Praxis LI.
66. Seuffert's Archiv XXXIII.
67. Sintenis, Gemeines Zivilrecht.
68. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Studium zum B.G.B.
69. Stegemann, Das pactum de non cedendo. Im Archiv für die civilistische Praxis LXVII.
70. Stephan, Die Lehre von der Ersitzung. Im Archiv für die civilistische Praxis. XXXIV.
71. Studemund-Krüger, Gai Institutiones.
72. Szkolny-Caro, B. G. B.
73. Unterholzner, Verjährungslehre.
74. v. Vangerow, Pandekten. Marburg 1875
75. v. Wächter, Pandekten. Leipzig 1880/81.
76. Weiske, Rechtslexikon.
77. v. Wening-Ingenheim, Gemeines Civilrecht.
78. Westphal, Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideikommissen.
79. — Pfandrecht.
80. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle. IX. X.
81. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.
82. Wurzel, Die Rechtswirkungen der Zuwiderhandlung gegen die gesetzlichen, richterlichen und die durch Rechtsgeschäft begründeten Veräusserungsverbote nach gemeinem Recht und B. G. B. Erlanger Dissertation. 1901.